

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LES PROCÉDÉS ET MÉTHODES DE PRODUCTION (PMP) : AU
CŒUR DES TENSIONS ENTRE LE COMMERCE ET
L'ENVIRONNEMENT

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR
MARIE-PIERRE BOUCHARD

JUILLET 2010

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

AVANT-PROPOS

Le 21^{ième} siècle est confronté à de nombreux enjeux environnementaux qui menacent l'équilibre de l'écosystème, la santé, la qualité de vie et la cohésion sociale. Bien que différents mécanismes internationaux visant à protéger l'environnement soient mis sur pied, la dégradation constante de l'état de la planète nous amène à questionner leur efficacité. Il nous apparaît donc pertinent d'étudier des moyens permettant de renforcer le système de protection environnementale et c'est dans cet objectif que nous avons choisi d'analyser le sujet de ce mémoire.

J'aimerais tout d'abord remercier ma directrice de mémoire, Mme. Annie Rochette, ses conseils ont plus d'une fois éclairé ma démarche méthodologique et favorisé mon processus réflexif. Je veux aussi mentionner la contribution spéciale de M. Daniel Sansfaçon, sa lecture aiguisée et ses commentaires judicieux m'ont permis d'élargir mes réflexions et de questionner l'objectivité de ma démarche. Ce mémoire est aussi le fruit d'un long et laborieux processus de travail qui aurait été impossible à réaliser sans le soutien précieux de mes proches. Je tiens particulièrement à remercier mon conjoint Nelson, pour son support et sa compréhension tout au long de mon cheminement.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	ii
LISTE DES TABLEAUX ET ENCADRÉS	v
LISTE DES ACRONYMES	vi
RÉSUMÉ	viii
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I	
LES PROCÉDES ET MÉTHODES DE PRODUCTION (PMP), UN CONCEPT CONTROVERSÉ QUI SOULEVE DES ENJEUX SYSTÉMIQUES COMPLEXES	12
1.1 Les PMP écologiques	12
1.2 Les sources de controverse entourant les PMP	18
1.2.1 Une logique contradictoire	19
1.2.2 Dynamique Nord-Sud	29
1.3 Fragmentation du droit international	36
Conclusion	49
CHAPITRE II	
NATURE JURIDIQUE DES PMP	51
2.1 Les mesures PMP sont-elles acceptables au sein de l'OMC ?	52
2.1.1 Les PMP et la notion de produit similaire	56
2.1.2 Les exceptions de l'article XX	61
2.1.3 Les accords OTC et SPS	76

2.2	Les PMP en droit international de l'environnement	84
2.3	La relation entre les règles des AME et celles de l'OMC	91
	Conclusion	98
CHAPITRE III		
COMMENT INTEGRER LES MESURES PMP EN DROIT		
	INTERNATIONAL?	100
3.1	Deux perspectives d'encadrement des PMP	101
3.1.1	L'encadrement des PMP en dehors de l'OMC	101
3.1.2	Les faiblesses de la gouvernance environnementale	106
3.1.3	Une norme PMP à l'OMC	112
3.2	Comment intégrer une norme PMP à l'OMC ?	113
	Conclusion	123
CONCLUSION		
	124	
APPENDICE A		
	130	
APPENDICE B		
	131	
APPENDICE C		
	132	
BIBLIOGRAPHIE		
	133	

LISTE DES TABLEAUX ET ENCADRÉS

Encadré	Page
1.1 Exemples de PMP à développer par les entreprises	16
2.1 Contexte de l'affaire <i>Etats-Unis-Thon</i>	55
2.2 Contexte de l'affaire <i>Etats-Unis-Crevettes</i>	68
2.3 Les AEM et les circonstances d'application des mesures PMP	86
2.4 Déclaration de Doha : Commerce et Environnement	97
3.1 Solutions pour une meilleure gouvernance environnementale	120
 Tableau	 Page
Principales mesures commerciales de sept AEM	87

LISTE DES ACRONYMES

ACV	Analyse du cycle de vie
AEM	Accords environnementaux multilatéraux
BM	Banque mondiale
CAA	Clean air Act (loi de 1990 sur la lutte contre la pollution atmosphérique)
CCE	Comité du commerce et de l'environnement
CDI	Commission de droit international
CIEL	Center for international environmental Law
CITES	Convention de Washington sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction
CIJ	Cour internationale de justice
CMED	Commission mondiale sur l'environnement et le développement
CNPF	Clause de la nation la plus favorisée
CNUE	Conférence des Nations-Unies pour l'environnement
CNUED	Conférence des Nations-Unies pour l'environnement et le développement
DPI	Département de l'information de l'ONU
EPA	Agence pour la protection de l'environnement des Etats-Unis
FMI	Fonds monétaire international
FMN	Firme multinationale
GATT	General agreement of tariff and trade (1994)
GES	Gaz à effet de serre
IATTC	Inter-American tropical tuna commission
IISD	International institute for sustainable development
ISO	Organisation Internationale de normalisation
MMPA	Marine mammal protection Act
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OMC	Organisation mondiale du commerce (1994)

OME	Organisation mondiale de l'environnement
ONG	Organisations Non Gouvernementales
ONU	Organisation des Nations Unies
ORD	Organe de Règlement des Différends
OTC	Accord sur les obstacles techniques au commerce
OVM	Organisme vivant modifié
PAS	Politiques d'Ajustement Structurel
PMP	Procédés et Méthodes de Production
PNB	Produit national brut
PNUD	Programme des Nations-Unies pour le Développement
PNUE	Programme des Nations-Unies pour l'Environnement
SACO	Substances appauvrissant la couche d'ozone
SPS	Accord sur l'application des mesures Sanitaires et Phytosanitaires
TED	Turtle exclude device
UNRISD	Institut de recherche des Nations Unies pour le développement social

RÉSUMÉ

L'origine anthropique du phénomène de pollution globale est désormais confirmée. Il ne s'agit donc plus de remettre en question le fait que les activités économiques engendrent des répercussions écologiques importantes, le défi consiste plutôt à élaborer et appliquer des mécanismes de protection environnementale, visant à atténuer l'empreinte écologique des activités économiques.

Les impacts environnementaux sont principalement générés par le processus de production d'un produit, il convient alors de s'y intéresser. C'est pourquoi nous cherchons à savoir comment favoriser le développement de procédés et de méthodes de production écologiques (PMP) sur le plan des activités économiques internationales. Il est pourtant difficile d'y arriver, car l'utilisation commerciale des PMP constitue un véritable débat entre le commerce et l'environnement.

D'un côté, le droit international de l'environnement envisage l'utilisation commerciale des PMP comme un moyen efficace d'atteindre un développement durable et élabore des mécanismes en conséquence. De l'autre côté, la réglementation de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ne permet pas aux États d'appliquer des mesures commerciales fondées sur des PMP, sauf en cas de circonstances exceptionnelles.

La dynamique Nord-Sud vient aussi alimenter le débat, les pays du Sud craignent que les pays du Nord utilisent les PMP afin de protéger leur marché et perçoivent l'élaboration des PMP comme étant secondaire aux objectifs de développement économique.

Il est ainsi pertinent de tenir compte de ces différentes problématiques afin de déterminer le moyen opportun d'appliquer les PMP au niveau du commerce international. À cet égard, nous concluons notre étude en proposant de réformer le cadre réglementaire de l'OMC afin de permettre l'utilisation des PMP dans les échanges commerciaux internationaux.

Mots clés : Procédés et méthodes de production (PMP), Droit international de l'environnement, développement durable, OMC, dynamique Nord-Sud

INTRODUCTION

Actuellement, aucune définition commune du terme environnement n'a encore été adoptée sur le plan international : la loi québécoise le définit comme étant «l'eau, l'atmosphère et le sol ou toute combinaison de l'un ou l'autre ou, d'une manière générale, le milieu ambiant avec lequel les espèces vivantes entretiennent des relations dynamiques»¹ ; d'autres emploient le terme biosphère pour «désigner la totalité de notre environnement, soit la partie de l'univers où, selon nos connaissances actuelles, se concentre toute forme de vie»² ; il est aussi communément défini par «l'ensemble des conditions naturelles (physiques, chimiques, biologiques) et culturelles (sociologiques) dans lesquelles les organismes vivants (en particulier l'homme) se développent»³.

Bien qu'on puisse définir le terme environnement de différentes façons, il connaît toutefois un seul contexte. Il subit plusieurs dommages souvent irréversibles et son équilibre naturel est constamment menacé. En fait, plusieurs facteurs font pression sur l'environnement et contribuent à rendre sa détérioration plus visible à la population mondiale, surtout que celle-ci a gonflé, «passant de 2,5 milliards en 1950 à 6,7 milliards aujourd'hui»⁴. Or, près de sept milliards de personnes exploitent les ressources naturelles et bouleversent le système écologique, contribuant ainsi au processus de dégradation de la planète. Cette détérioration se manifeste de nombreuses façons : la multiplication des catastrophes écologiques et l'augmentation de leur gravité, le phénomène de déforestation, la perte de biodiversité, le réchauffement climatique caractérisé par une augmentation de la température moyenne de la terre de 0.74°C depuis un siècle, la diminution des réserves d'eau

¹ *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q. 2007 c. Q-2 c. 1 s.1-4°.

² Alexandre Kiss et Jean-Pierre Beurier. *Droit international de l'environnement*, 3^{ème} ed, Paris, Peudone, 2004. à la p.17.

³ *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2008, s.v. «environnement».

⁴ Håkan Nordström et Scott Vaughan, *commerce et environnement*, OMC dossiers spéciaux 4, 1999, à la p.1. Voir aussi les données du site du World CIA Factbook: <http://www.cia.gov>, la population totale recensée du globe est celle d'octobre 2009.

douce, la réduction des stocks de poissons, le haut degré de pollution atmosphérique, l'accélération du taux d'extinction des espèces, l'amincissement de la couche d'ozone, etc⁵.

À l'instar de ces bouleversements écologiques, différentes actions internationales ont été mises en place⁶, témoignant d'une prise de conscience générale des conséquences de nos comportements sur l'environnement. Cela aboutit vers la fin des années 1960, à la naissance du droit international de l'environnement, «qui a pour objet de protéger la biosphère contre les détériorations majeures et les déséquilibres qui pourraient en perturber le fonctionnement normal»⁷. Sa mission essentielle est «d'unifier le discours sur la définition des problèmes, mais aussi [de] créer une conscience universelle au sujet des limites naturelles de la Terre et de la capacité des hommes à briser ses grands équilibres»⁸. Ces efforts en vue d'unifier le discours commencent à prendre forme à Stockholm, en 1972, où une Conférence mondiale pour l'environnement (CNUE) est convoquée par l'Assemblée générale des Nations Unies⁹. C'est là qu'est établi un plan d'action pour l'environnement, contenant des

⁵ PNUE *GEO4 : L'environnement pour le développement*, Doc.off.NU, ISBN 978-92-807-2837-8 (2007), PNUE. Voir aussi : OMC/PNUE. *Rapport : Commerce et changement climatique*, OMC Doc. ISBN 978-92-870-3523-3, PNUE Doc.Off.NU DT1/1188/GE (2009).

⁶ Ces actions se traduisent par l'adhésion et l'élaboration d'un nombre croissant de conventions environnementales régionales au cours des années 1960. Par exemple : Conseil de l'Europe, *Charte européenne de l'eau*, 6 mai 1968 ; Conseil de l'Europe, *Déclaration de principes sur la lutte contre la pollution de l'air*, 8 mars 1968 ; OUA, *Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles*, 15 septembre 1968, CAB/LEG/24.1/37 ; *Accord concernant la coopération en matière de lutte contre la pollution des eaux de la mer du Nord par les hydrocarbures*, 9 juin 1969, R.T.N.U 10099, en ligne : http://untreaty.un.org/English/UNEP/northscaoil_french.pdf.

⁷ Kiss et Beurrier, *Supra* note 2 à la p.17 et 20. Notons ici que les auteurs associent la naissance du droit international de l'environnement à la fin des années 1960 suite à diverses catastrophes (*Affaire du Lac Lanoux (France c. Espagne)*, (1957), rec. des sentences arbitral vol. XII à la p. 281 à 317, *Affaire du Déroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)* [1949] C.I.J. rec. 244, ainsi qu'au naufrage du pétrolier *Torrey Canyon* en 1967). On assiste alors à un mouvement sans précédent d'opinion publique en réaction aux dangers que court la biosphère. Cela a marqué le début d'une nouvelle étape caractérisée par la réaction et la mobilisation de plusieurs organisations internationales à réagir au nouveau problème. (p.30)

⁸ Jean-Maurice Arbour & Sophie Lavallée, *Droit international de l'environnement*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006, à la p. 40.

⁹ Doc. Off. 26^e sess. 2026^e séance plén., rés. NU 2850 (XXVI) (1971)

recommandations pour une action internationale et qu'est créé le Programme des Nations Unies pour l'environnement¹⁰ (PNUE). De plus, la *Déclaration de Stockholm* voit le jour, avec 26 principes généraux pour la préservation et la promotion de l'environnement. Elle débute tout d'abord avec la constatation suivante :

L'homme est à la fois créature et créateur de son environnement, qui assure sa subsistance physique et lui offre la possibilité d'un développement intellectuel, moral, social et spirituel. Dans la longue et laborieuse évolution de la race humaine sur la terre, le moment est venu où, grâce aux progrès toujours plus rapides de la science et de la technique, l'homme a acquis le pouvoir de transformer son environnement d'innombrables manières et à une échelle sans précédent. Les deux éléments de son environnement, l'élément naturel et celui qu'il a lui-même créé, sont indispensables à son bien-être et à la pleine jouissance de ses droits fondamentaux, y compris le droit à la vie même.¹¹

Malgré le fait que la *Déclaration de Stockholm* soit un texte de *soft law*, elle joue un rôle particulier dans le développement ultérieur du droit de l'environnement¹². En ce sens, les engagements établis à Stockholm sont par ailleurs réaffirmés et renforcés à Rio en 1992 et ensuite à Johannesburg en 2002¹³. La CNUE caractérise généralement le début de «l'ère écologique»¹⁴ et le droit international de l'environnement ne cesse de se développer depuis. À un point tel qu'il subsiste

¹⁰ Le PNUE est un organe subsidiaire créé par l'Assemblée générale des Nations Unies et son mandat est le suivant : 1) évaluer les conditions et les tendances environnementales mondiales, régionales et nationales ; 2) développer des instruments environnementaux nationaux et internationaux ; 3) renforcer les institutions afin d'assurer une gestion avisée de l'environnement ; 4) faciliter le transfert des connaissances et de technologies pour un développement durable ; 5) encourager de nouveaux partenariats et de nouvelles perspectives au sein de la société civile et du secteur privé. Rés.AG, Doc off. AGNU, Doc NU 2997, en ligne : <http://www.unep.org>.

¹¹ *Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Doc.Off.CNUE, Stockholm (1972), à ¶ 1 du préambule.

¹² Alexandre Kiss, «Émergence de principes généraux du droit international et d'une politique internationale de l'environnement» dans Ivo Rens (dir.), *Le droit international face à l'éthique et à la politique de l'environnement*, Bruxelles : éditions de l'université de Bruxelles, 2000, p.25.

¹³ Les engagements de Stockholm sont réaffirmés dans le préambule de la *Déclaration de Rio* (*infra* note 16) ainsi qu'au principe 8 de la *Déclaration de Johannesburg* (*infra* note 39). Faisant ainsi de ces trois Déclarations une sorte de continuum.

¹⁴ Kiss, *supra* note 12 à la p.32

aujourd'hui plus de 900 instruments juridiques contenant des dispositions sur la protection de l'environnement¹⁵. C'est par le biais de ces instruments que les États s'engagent volontairement à développer des mesures législatives nationales visant à protéger l'environnement¹⁶.

Parallèlement au développement du droit international de l'environnement, la fin du vingtième siècle voit aussi s'intensifier le phénomène de mondialisation. Ce phénomène désigne le processus de transformation de l'économie mondiale et se caractérise par la transition d'une économie internationale à une économie réellement globale¹⁷. Ce processus de transition s'oriente vers «la suppression des entraves au libre-échange et l'intégration des économies nationales grâce à l'action d'une série d'institutions conçues pour amener la croissance économique à tous»¹⁸.

En effet, depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, un nouvel ordre mondial se dessine, avec en toile de fond les principes du libéralisme. Cette approche vise l'idéal de la paix démocratique dans le monde et pour ce faire, elle propose un monde unifié par des institutions universelles et par le libre-échange¹⁹. L'expansion du modèle libéral a été facilitée par l'intermédiaire de plusieurs institutions visant alors à établir un ordre monétaire et économique stable. Ce processus institutionnel débuta à Bretton Woods à la fin de 1945, avec la création du Fonds monétaire international (FMI), de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement

¹⁵ *Ibid*, à la p.23.

¹⁶ Engagements découlant des Principes 11 de la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Déc.AG 151/26(Vol. I), Doc.Off.CNUED, (1992), et du principe 7 de la *Déclaration de Stockholm*, *supra* note 11.

¹⁷ Étienne Cantin et Susan Spronk, « Mondialisation », dans Alex Macleod, Evelyne Dufault et F.Guillaume Dufour dir., *Relations internationales : Théories et concepts*, Outremont (Qc), Athéna éditions, 2002, à la p.99.

¹⁸ Joseph E. Stiglitz, *La grande désillusion*, Paris, Fayard, 2002, à la p.17

¹⁹ Chantal Robichaud « Libéralisme », dans Dufault, Dufour, Macleod, *supra* note 17 à la p.90. Concernant l'idéal de la paix démocratique, voir : Emmanuel Kant, *Projet de paix perpétuelle*, Paris, collection Mille et Une Nuits, 2001.

(BIRD, ou plutôt Banque Mondiale) et de *l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, mieux connu sous son acronyme anglais *GATT*²⁰.

Ce mouvement de libéralisation économique s'imposa en tant qu'idéologie dominante autour des années 1980, où tous les efforts institutionnels internationaux furent mis de l'avant afin de favoriser le modèle libéral. Outre les dispositions du *GATT*, il y a aussi les prêts à l'ajustement structurel de la Banque mondiale accordés aux pays du Sud en fonction des conditions établies par le Fonds monétaire international (FMI) ; parmi ces conditions, y figure au premier plan la libéralisation des marchés²¹. C'est toutefois avec la fin de la guerre froide que la résistance²² face aux politiques libérales tomba officiellement, consacrant en même temps la suprématie du libéralisme.

Cette politique de libre-échange semble visiblement favoriser l'intensification de l'activité économique mondiale puisque «le commerce international s'est vu multiplié par 14 depuis 1950»²³. L'encadrement de ce commerce sans cesse croissant se fait d'abord par le *GATT*, puis à partir de 1995, par l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Cette dernière offre ainsi une tribune où se poursuivent les négociations commerciales. Cette institution veille au respect de son corpus d'accords²⁴ et oriente aussi l'action commerciale vers l'ouverture des marchés :

²⁰ *Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U 187 (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948).

²¹ Stiglitz, *supra* note 18 p.39-40.

²² Certains pays du bloc de l'Est s'opposaient au modèle libéral et à son expansion par exemple: l'URSS, la Chine et l'Europe de l'Est. Bernard Élie, «L'ordre libéral : la mondialisation» dans *Éléments d'économie contemporaine*, École de la gestion UQÀM (2003), à la p.254

²³ Nordström et Vaughan *Supra* note 4, à la p.1.

²⁴ Les accords de l'OMC se composent de l'Accord de Marrakech (*Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce*, fait le 15 avril 1994, en ligne : OMC doc. http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/04-wto.doc) et de tous les accords commerciaux multilatéraux qui y sont annexés. Ceux-ci se répartissent en six annexes : l'annexe 1A comporte les Accords sur le commerce des marchandises, dont fait partie le *GATT* ; l'annexe 1B comporte les Accords sur le commerce des services ; l'annexe 1C consiste à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ; l'annexe 2, le Mémoire d'accord sur le

Reconnaissant que leurs rapports dans le domaine commercial et économique doivent être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, la pleine utilisation des ressources mondiales et l'accroissement de la production et des échanges de produits,

Désireux de contribuer à la réalisation de ces objets par la conclusion d'accords visant, sur une base de réciprocité et d'avantages mutuels, à la réduction substantielle des tarifs douaniers et des autres obstacles au commerce et à l'élimination des discriminations en matière de commerce international²⁵.

Les mécanismes de protection de l'environnement doivent donc composer avec un contexte de mondialisation caractérisé par une structure économique libérale qui stimule sans cesse l'activité économique mondiale. Des données scientifiques probantes démontrent par ailleurs «qu'une grande partie des dommages écologiques est attribuable à l'intensification de l'activité économique mondiale»²⁶.

Dans ce contexte, il convient donc de développer des mécanismes de protection environnementale visant à atténuer les effets néfastes provoqués par l'activité commerciale. Le cadre commercial, même s'il ne s'agit pas de son champ spécifique d'application, est par conséquent constamment appelé à interagir avec les mécanismes de protection environnementaux. Ainsi, le rapport entre le commerce international et la protection de l'environnement devient inévitable et les possibilités de conflits entre les deux domaines sont ainsi décuplées. À cet effet, plusieurs affaires litigieuses opposant le commerce à l'environnement ont été soumises au mécanisme

règlement des différends de l'OMC ; l'annexe 3 définit les règles qui régissent l'examen régulier des politiques commerciales des Membres de l'OMC et l'annexe 4, comprenant à l'origine quatre accords plurilatéraux, ne concerne plus que les règles relatives aux marchés publics et les aéronefs civils. Source : David Luff, *Le droit de l'organisation mondiale du commerce : analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2004, à la p.21.

²⁵ *GATT*, *supra* note 20 aux ¶2-3 du préambule, notons toutefois que dorénavant, nous faisons référence au [*GATT de 1994*].

²⁶ International Institute for Sustainable Development, *Guide de l'environnement et du commerce: A Handbook*, 2nd ed. Winnipeg: UNEP & IISD, 2005, www.iisd.org, à la p. 2

de règlement des différends du *GATT* et de l'OMC depuis deux décennies²⁷. Ces litiges concrétisent en quelque sorte le débat entre le commerce et l'environnement et révèlent une incompatibilité apparente entre les engagements découlant de deux domaines de droit international.

Cette incompatibilité est d'autant plus apparente lorsqu'on fait référence aux «procédés et méthodes de production» d'un produit (PMP). Les PMP se situent au cœur du débat entre commerce et environnement et représentent également le sujet principal de ce mémoire. Sachant que les émissions polluantes sont majoritairement générées durant le processus de production des produits et dans le but de diminuer l'empreinte écologique de ce dernier, plusieurs mécanismes environnementaux favorisent à cet effet le développement de PMP écologiques. Toutefois, il demeure difficile d'appliquer ces mécanismes au niveau du commerce international et c'est d'ailleurs ce qui constitue la principale problématique entourant le développement global des PMP écologiques.

En fait, la problématique survient lorsqu'un État applique au moment des échanges, des restrictions commerciales fondées sur des PMP écologiques. Le cas échéant, ces mesures PMP touchent à la fois le droit commercial et le droit de l'environnement, soulevant alors un conflit potentiel. Bien que ces mesures commerciales fondées sur des PMP poursuivent des objectifs environnementaux et qu'elles dérivent d'engagements de droit international de l'environnement, elles apparaissent à prime abord comme étant contradictoires aux règles de l'OMC. Cette controverse fait l'objet de deux décisions déterminantes à l'OMC²⁸ et leurs

²⁷ Certaines affaires, de par leur nature, portent des éléments utiles aux fins de notre mémoire et mettant en lumière le conflit entre commerce et environnement. *L'affaire CE-hormones* (infra, note 147), *L'affaire CE-Amiante* (infra note 186), *L'affaire États-Unis-Essence* (infra note 185) et *L'affaire Japon-pommes* (infra 268) etc.

²⁸ Dans le cadre du *GATT*; *L'affaire États-Unis Thon (I et II)* ainsi que *L'affaire États-Unis-Crevettes (I et II)* (analyse au ch.2)

conclusions démontrent par ailleurs que les deux domaines du droit international n'entrevoient pas les PMP de la même façon.

Du point de vue commercial, on craint que des considérations environnementales comme les PMP servent d'outil afin de mener un protectionnisme commercial déguisé²⁹. «Du point de vue des écologistes, on craint que les conflits entre les deux perspectives soient toujours résolus en faveur des intérêts commerciaux et au détriment de l'environnement mondial»³⁰. De plus, les préoccupations environnementales apparaissent parfois comme étant subordonnées aux impératifs de croissance économique et sont ainsi perçues, par certains pays du Sud, comme un frein au développement économique³¹. Deux perceptions ressortent donc du conflit entre le commerce et l'environnement et sous-tendent deux logiques distinctes. Ces deux logiques s'opposent et donnent naissance au conflit entre le commerce et l'environnement en ce qui a trait aux PMP.

Notre postulat de base est que le conflit qui règne actuellement entre le commerce et l'environnement nuit à l'efficacité du droit international de l'environnement car il limite l'utilisation de mécanismes environnementaux plus contraignants, tels que des restrictions commerciales fondées sur des PMP. Nous cherchons ainsi une méthode permettant d'améliorer la protection internationale de l'environnement. Même si nous estimons à la base qu'il serait plus efficace du point de vue écologique de faire le pari de la décroissance³², puisque la planète ne peut visiblement plus supporter les modes de consommation actuels, nous sommes par ailleurs conscients de l'improbabilité

²⁹ IISD, *The Legality of PPMs under the GATT: Challenges and Opportunities for Sustainable Trade Policy*, de Jason Potts, Manitoba 2007, en ligne: http://www.iisd.org/pdf/2007/ppms_gatt.pdf à la p.4

³⁰ Arbour et Lavallée, *supra* note 8, à la p. 630

³¹ Marc Williams, «Trade and Environment in the World Trading System: a Decade of Stalemate» (2001) 1 *Global Environmental politics* 1, à la p.4

³² Expression tirée de : Serge Latouche, *Le pari de la décroissance*, Paris, Fayard, 2006. Voir aussi son article : «Vers la décroissance: éco fascisme ou éco démocratie», *Le Monde diplomatique*, novembre 2005, pages 1, 26.

d'un tel projet étant donné que cela bouleverserait le paradigme d'économie de marché existant. En contrepartie, nous envisageons une solution plus réaliste d'apaisement du conflit entre le commerce et l'environnement en ce qui a trait aux PMP puisqu'elle compose avec le système économique existant.

À cet égard, nous émettons l'hypothèse que la gestion de l'économie mondiale doit permettre l'utilisation des mesures PMP afin de réduire les possibilités de conflit entre le commerce et l'environnement et ainsi contribuer à l'amélioration de la protection environnementale internationale. En d'autres termes, nous adoptons une perspective environnementale et l'objectif principal de notre étude est de trouver un moyen efficace de permettre l'utilisation des mesures PMP dans les échanges. À cet effet, la question fondamentale de ce travail est de savoir comment il est opportun de le faire. Afin de pouvoir y répondre, trois questions guident notre recherche et facilitent notre démarche réflexive.

Dans un premier temps, il est utile d'identifier quels sont les principaux enjeux de controverse au sujet de l'utilisation commerciale des PMP et pourquoi cela soulève la controverse. Cette question nous permet de situer la nature de la problématique et les raisons du conflit entre commerce et environnement. Cela nécessite d'analyser le contexte général caractérisant le conflit, de cibler les principales difficultés et sources de tension associées à la problématique des PMP et d'examiner les raisons de leur controverse. Le premier chapitre étudie alors deux sources de tensions principales qui sous-tendent et alimentent le débat entourant l'enjeu des PMP. Nous avons identifié la logique contradictoire de l'OMC ainsi que la dynamique asymétrique des relations internationales. De plus, certaines difficultés associées au contexte de droit international, notamment son caractère fragmentaire, orientent l'évolution normative des PMP et méritent en ce sens que l'on s'y intéresse afin de pouvoir déterminer un moyen efficace de les appliquer dans le commerce international.

L'étape suivante vise à déterminer de quelle manière la logique contradictoire de l'OMC, la dynamique asymétrique des relations internationales et le contexte fragmentaire du droit internationale agissent sur l'évolution des PMP en droit international. Cette question nous permet de démontrer en quoi la problématique entourant l'enjeu des PMP affecte l'efficacité de la protection environnementale. À travers une critique des politiques libérales, une analyse des arguments divergents entre le Nord et le Sud et une étude des difficultés associées à la fragmentation du droit international, nous démontrons comment ces trois paramètres inhérents au système international viennent agir sur le développement du droit international de l'environnement, et nous verrons pourquoi ils forment le noyau central autour duquel s'articule le débat concernant les mesures commerciales PMP. Bref, le premier chapitre permet de circonscrire et définir les bases conceptuelles de notre sujet et ainsi établir notre cadre théorique.

Dans un deuxième temps, il est pertinent de se demander dans quelles circonstances, en fonction du droit international actuel, l'usage de mesures commerciales PMP est acceptable. Effectivement, trouver un moyen opportun de permettre l'utilisation des PMP lors des échanges commerciaux nécessite avant tout de connaître leur situation juridique à ce jour. Cela nous conduit à analyser le statut juridique des PMP au regard de chaque branche de droit international afin de connaître les conditions d'application actuelles des PMP. Pour ce faire, nous étudions différents instruments de droit de l'environnement, la jurisprudence et les accords de l'OMC et/ou du *GATT* afin de faire ressortir le traitement respectivement octroyé aux PMP. Le deuxième chapitre se base en effet sur l'interprétation de l'affaire *Etats-Unis-Thon*³³ et de l'affaire *Etats-Unis-Crevettes*³⁴ et dégage la position de

³³ *États-Unis, - Restrictions à l'importation de thon (I) (Plainte du Mexique)* (1991), GATT non adopté, Doc. DS21/R., *Etats-Unis, - Restrictions à l'importation de thon (II) (Plainte de l'Union européenne)* (1994), GATT non adopté, Doc. DS29/R.

³⁴ *États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (I) (Plainte de l'Inde, la Malaisie, le Pakistan et Thaïlande)* (1998), OMC Doc.

l'Organisation quant au statut juridique des mesures commerciales fondées sur des PMP en fonction du droit de l'OMC. Nous situons ensuite le rôle qu'occupent les mesures commerciales PMP dans certains Accords multilatéraux sur l'environnement (AEM) pour finalement analyser la nature des relations entre les AEM et l'OMC.

L'analyse des deux premiers chapitres nous fournit les éléments de compréhension essentiels permettant finalement, au troisième et dernier chapitre, d'examiner différents moyens d'intégrer les mesures PMP dans les échanges. À ce stade, nous voulons savoir comment est-il opportun de le faire ? Cela doit-il se faire à l'OMC ou ailleurs ? À ce sujet, nous exposons deux perspectives concernant l'intégration des PMP en droit international et énumérons enfin différents mécanismes juridiques proposés par chacune des perspectives. Nous expliquons aussi pourquoi, en regard de notre perspective environnementaliste, il est selon nous plus que nécessaire d'inclure une norme PMP à l'OMC. Afin d'élaborer cette dernière étape, nous basons principalement notre étude sur les travaux de différentes organisations internationales, notamment ceux du PNUE, de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) et de l'OMC et soulevons aussi certaines propositions dans la doctrine de juristes.

Cette démarche nous permet enfin de dégager la proposition qui, à notre avis, semble la plus efficace en ce qui a trait à l'utilisation commerciale des PMP. Cette position est ainsi développée en guise de conclusion.

WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel). Aussi : États-Unis – *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (II)* (Plainte de la Malaisie) (2001), OMC Doc. WT/DS58/AB/RW (Rapport de l'Organe d'appel)

CHAPITRE I : LES PROCÉDÉS ET MÉTHODES DE PRODUCTION (PMP), UN CONCEPT CONTROVERSE QUI SOULÈVE DES ENJEUX SYSTÉMIQUES COMPLEXES.

1.1 LES PMP ECOLOGIQUES

Un bien de consommation possède un cycle de vie, passant à travers différentes étapes : l'extraction des matières premières, la fabrication, la distribution, la mise en marché, l'utilisation, l'élimination ou la récupération. De plus, ce bien est issu de différentes méthodes de production et de différents matériaux. Ces deux caractéristiques constituent ses procédés et méthodes de production (PMP). Ceux-ci se définissent comme étant «la manière dont les produits sont fabriqués ou transformés et dont les ressources naturelles sont prélevées ou récoltées»³⁵. Chaque produit découle de PMP spécifiques, et ces derniers risquent d'engendrer des effets négatifs sur l'environnement et ce, à n'importe quelle étape du cycle de vie du produit. Au regard de la protection de l'environnement, le choix des PMP représente un facteur d'influence considérable sur l'analyse du cycle de vie d'un produit (ACV). «L'ACV est l'inventaire des échanges et des impacts écologiques d'un produit tout au long de sa durée de vie»³⁶. En d'autres termes, l'élaboration et la mise en application de PMP écologiques tels que la filtration des émanations polluantes, l'emploi ou non de pesticide dans l'agriculture, l'usage de filets protecteurs dans la pêche de certaines espèces, l'utilisation de matières recyclées, etc. engendrent des répercussions bénéfiques sur l'empreinte écologique d'un bien de consommation et constituent un outil essentiel à la protection de l'environnement³⁷.

³⁵ OCDE, Programme de travail sur le commerce et l'environnement, Procédés et méthodes de production (PMP): cadre conceptuel et étude de l'utilisation des mesures commerciales fondées sur les PMP, n° de doc. OCDE/GD(97)137, Paris 1997, à la p.7.

³⁶ PNUE, *Annuaire du PNUE : Avancées scientifiques et développements dans notre environnement en mutation*, Doc.Off PNUE, 2009, à la p.47

³⁷ William J. Snape et Naomi B. Lefkovitz, «Searching for GATT's Environmental *Miranda*: Are "Process Standards" Getting "Due Process" » (1994) 27 Cornell Int'l L. J. à la p. 779. Voir aussi Arbour et Lavallée *supra* note 8, à la p.632.

L'objectif poursuivi par le développement des PMP écologiques est de réduire ou maîtriser les effets néfastes pour l'environnement ou de favoriser les effets bénéfiques et ce, à tous les stades du cycle de vie d'un produit³⁸. Du point de vue environnemental, les PMP polluants sont en grande partie responsables de la dégradation de l'air, de l'eau et des sols et la protection et l'amélioration de la qualité de l'environnement ne sont pas possibles sans un contrôle rigoureux des PMP polluants³⁹. Ainsi, les principes 8 de la *Déclaration de Rio* et 11 de la *Déclaration de Johannesburg* favorisent le développement des PMP écologiques en ce qu'ils constituent des moyens d'action appréciables en faveur du développement durable.

Principe 8: Afin de parvenir à un développement durable et à une meilleure qualité de vie pour tous les peuples, les États devraient réduire et éliminer les modes de production et de consommation non viables et promouvoir des politiques démographiques appropriées⁴⁰. (Nous soulignons)

Principe 11: Nous savons bien que l'éradication de la pauvreté et le changement des modes de consommation et de production, ainsi que la protection et la gestion des ressources naturelles, en vue du développement économique et social, sont des objectifs primordiaux et des conditions absolues du développement durable⁴¹. (Nous soulignons)

La communauté internationale est donc encouragée à élaborer des mesures visant à promouvoir les PMP écologiques et à éliminer les modes de production néfastes pour l'environnement. Étant donné que chaque pays est souverain sur son territoire, il a la liberté de développer et de choisir ses propres politiques environnementales⁴². En

³⁸ OCDE, *supra* note 35 à la p.9.

³⁹ Snape et Lefkovitz, *supra* note 37, à la p. 779.

⁴⁰ *Déclaration de Rio*, *supra* note 16

⁴¹ Sommet mondial pour le développement durable, *Déclaration de Johannesburg sur le développement durable*, Doc. Off. AGNU 2002 Doc.NU A/CONF.199/L.6/Rev.2

⁴² Le principe de souveraineté en tant que principe fondamental de droit international (article II Charte des Nations Unies) suppose que tous les États sont juridiquement égaux, que leur intégrité territoriale et leur indépendance politique sont inviolables, qu'ils ont le droit de choisir eux-mêmes leur propre système politique, social et économique, et qu'ils respectent la souveraineté des autres États. Chantal Robichaud « Souveraineté » dans, Dufour, Macleod et Dufault, *supra* note 17, à la p.172.

plus d'être le principe maître de droit international public⁴³, le principe de souveraineté s'inscrit aussi dans l'évolution du droit international de l'environnement. En effet, ce dernier suit la logique du droit international public et enchâsse lui aussi le principe de souveraineté. On le retrouve donc au principe 21 de la *Déclaration de Stockholm* et au principe 2 de la *Déclaration de Rio*.

Principe 2 et 21 : Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale⁴⁴.

Par ailleurs, il peut exister autant de politiques environnementales qu'il existe d'États souverains. Dès lors, diverses méthodes sont employées afin de favoriser le développement des PMP écologiques. Selon la taxonomie proposée par l'Institut international du développement durable (IISD)⁴⁵, ces mesures environnementales nationales, fondées sur des PMP, sont généralement des mesures commerciales que l'on regroupe sous quatre niveaux de mise en œuvre.

Premièrement, les gouvernements utilisent des mesures fiscales telles que les écotaxes, les subventions et tarifs préférentiels sur les produits ou commerces identifiés comme étant 'verts'. Parmi ces mesures fiscales, il y a l'application d'ajustement fiscal à la frontière (AFF) sur les produits importés,⁴⁶ de même que

⁴³ L'article 2 (1) de la *Charte des Nations Unies* stipule que l'Organisation des Nations Unies et ses Membres, dans la poursuite des buts énoncés à l'article 1, doivent agir conformément aux Principes suivants : 1. L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres. *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T.Can. 1945 n°7

⁴⁴ Déc. Stockholm, *supra* note 11 au principe 21. Déc. Rio, *supra* note 16 au principe 2.

⁴⁵ Potts, IISD, *supra* note 29, inspiré du tableau à la p. 8

⁴⁶ Pour une analyse plus exhaustive de la question des AFF sur des produits importés, consulter : *Etats-Unis-Taxes sur le pétrole et certains produits d'importation (Etats-Unis-Fonds spécial pour l'environnement) (Plainte du Canada, Communauté économique européenne et Mexique)* (1987), GATT Doc. L/6175. I.B.D.D. S34/154

l'application d'AFF sur les produits exportés⁴⁷, pour autant toutefois que l'AFF en question ne soit pas supérieur au montant des taxes perçues sur les produits similaires⁴⁸. Deuxièmement, on retrouve des mesures commerciales techniques, comme le développement de programmes de certification écologique afin d'identifier les produits et/ou méthodes écologiques⁴⁹. Ensuite, les mesures quantitatives restrictives, tels que les quotas limitant le commerce interne de certains produits préalablement associés à des PMP néfastes, sont aussi un type de réglementation employé⁵⁰. Finalement, des mesures réglementaires dites "programmatic" imposent un plan d'orientation et un soutien technique aux entreprises afin qu'elles se conforment et adoptent un projet préétabli de politiques écologiques.

Nous constatons donc que les politiques gouvernementales visant à développer des PMP plus propres sont variées, autant au niveau de la forme que du fond et elles sont aussi susceptibles de varier en fonction de chaque contexte. Toutefois, une tangente de plus en plus commune se dessine dans l'orientation et la création des politiques environnementales, soit celle de « vouloir faire converger les intérêts économiques et les préoccupations environnementales, et ainsi améliorer la rentabilité des entreprises tout en aidant les pays à suivre un schéma d'expansion durable »⁵¹. À

⁴⁷ Rapport du PNUE-OMC, *supra* note 5 à la p. 114 et 115.

⁴⁸ *Ibid*, voir aussi le point (g) de la liste exemplative de l'Annexe I de : *l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires* 1979 en ligne : OMC http://www.wto.org/french/docs_l/legal_l/24-scm.pdf

⁴⁹ Plusieurs programmes d'éco-étiquetage sont en vigueur dans certains pays tels que : la fleur européenne, le Cygne Blanc (Allemagne), le programme Choix environnemental suédois, le programme Choix environnemental canadien, le Green Seal des États-Unis, L'Éco-Mark du Japon et le label français NF environnement. Source : OCDE, Groupe de travail conjoint sur les échanges et l'environnement, *Les effets des programmes d'éco-étiquetage : synthèse des études récentes*, n° de doc. COM/ENV/TD(2004)34/FINAL(2005).

⁵⁰ Les lois et règlements canadiens qui imposent des quotas sur le nombre de prises d'espèces de poisson sont un bon exemple de ce type de mesures. Voir le site de Pêches et océans canada, en ligne : www.mpo-dfo.gc.ca pour savoir la liste des espèces répertoriées et la quantité permise par territoire ou province. Aux États-Unis, la loi nationale associée à l'embargo américain dans l'affaire *Etats-Unis-Ithon* *supra* note 33 et qui fait l'objet du chapitre 2, représente aussi une mesure restrictive nationale.

⁵¹ PNUE -Division Technologie, Industrie et Économie, *Mettre à profit la production plus propre : Vers une gestion efficace des ressources*, Doc.off. N.U ISBN 92-807-2199-2 (2002), p.2.

cet effet, les efforts du PNUE visent à développer et à démontrer que des moyens de production plus propres peuvent générer des bénéfices. Dans l'encadré suivant, le PNUE propose aux entreprises un exemple de PMP écologiques et fait ressortir les coûts associés à leur élaboration ainsi que les externalités environnementales visées⁵².

Encadré 1.1 : Exemples de PMP à développer par les entreprises (PNUE)⁵³

Problème : Une petite entreprise d'imprimerie du sud-est de l'Asie souhaite réduire sa consommation excessive d'encre et de papier causée par certaines erreurs qui se produisent pendant le processus d'impression, qui obligent à jeter les documents mal imprimés et à reprendre le processus dès le début. Les erreurs d'imprimerie accroissent également les émissions dans l'air ambiant des gaz provenant de l'encre et de la colle, produits qui doivent être utilisés une deuxième fois. Ce gaspillage se traduit par une perte financière et la santé des employés est sérieusement menacée par l'exposition à des fumées nocives.

Solution : La société installe un système de caméra pour détecter les erreurs d'impression en début de chaîne de production et éviter ainsi d'avoir à réimprimer deux fois le même document. L'amélioration du contrôle de la qualité réduit le coût de l'encre et du papier et les émissions des gaz provenant de l'encre et de la colle.

Résultats : Investissement : 105 000 \$

Économies annuelles : 38 463 \$

Période de rentabilité : 2.7 ans

Réduction de 40% du coût de l'encre et du papier et des émissions

Ainsi, le développement de ce type de PMP vise à réduire les externalités négatives associées à une activité économique ciblée. Tel que l'encadré ci-haut le démontre, il semble qu'à plus ou moins long terme, l'adoption de PMP dits

⁵² Les externalités environnementales représentent les impacts (bénéfiques ou néfastes selon le cas) que peuvent provoquer l'usage de PMP sur l'empreinte écologique d'un produit. Celles-ci ne sont pas comprises dans le coût/prix du produit.

⁵³ PNUE, *supra* note 51, à la p.5.

"propres"⁵⁴ permette de réaliser des économies et de rentabiliser l'investissement environnemental initial. En général, la contribution et/ou l'imposition des mesures fiscales nationales, telles que des subventions, favorisent et orientent le développement de PMP "propres". De plus, ces mesures nationales permettent aux entreprises d'amortir les coûts environnementaux associés au développement de PMP écologiques et réduisent, par le fait même, les externalités négatives affiliées aux PMP non écologiques⁵⁵. Ce phénomène, aussi appelé "internalisation des coûts environnementaux"⁵⁶, est reconnu en droit international de l'environnement, notamment au principe 16 de la *Déclaration de Rio*. Ce principe, que l'on attribue au principe du pollueur payeur, encourage les États à développer des instruments afin de promouvoir l'internalisation des coûts environnementaux sur une base nationale.

Principe 16: Les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement. (Nous soulignons)

Selon certains, les mesures commerciales basées sur les PMP forcent l'internalisation des coûts environnementaux et représentent alors un instrument efficace à promouvoir⁵⁷ afin d'améliorer la protection de l'environnement. Cependant et comme le mentionne la dernière phrase du principe 16, ces mesures commerciales doivent s'appliquer sans bouleverser la logique du commerce international et comme nous le verrons à la section suivante, celle-ci peut s'avérer contradictoire à l'application de mesures commerciales fondées sur des PMP écologiques. Cela

⁵⁴ Empruntant les termes du PNUE, *supra* note 51.

⁵⁵ Robert Howse et Donald Regan, «The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy», (2000) 11:2 E.J.I.L. 249, à la p.272.

⁵⁶ *Ibid*, à la p.272, voir aussi : Damian Michel et Jean-Christophe Graz, «L'Organisation mondiale du commerce, l'environnement et la contestation écologique» (2001) 170 Revue internationale des sciences sociales 657, à la p.663.

⁵⁷ Howse et Regan, *supra* note 55 à la p.272.

apparaît paradoxal et constitue par ailleurs le noyau principal du problème entourant l'enjeu des PMP.

Finalement, il faut préciser que dans ce mémoire, la problématique concernant les PMP concerne exclusivement les PMP environnementaux. Il est donc à noter que dorénavant, ou à moins d'avis contraire, nous utilisons le terme PMP en faisant référence uniquement aux procédés et méthodes de production écologiques, soit aux PMP développés avec un souci environnemental. Aussi, ces PMP deviennent problématiques, en regard du droit international économique, seulement si les pouvoirs nationaux appliquent au moment des échanges, des mesures fondées sur des PMP. C'est donc ce type de mesures qui suscitent notre intérêt et qui fait l'objet de ce mémoire. Or, il faut souligner le fait que désormais, nous employons la terminologie "mesures PMP" pour désigner les restrictions commerciales internationales fondées sur les PMP propres.

1.2 LES SOURCES DE CONTROVERSE ENTOURANT LES PMP

L'utilisation des mesures PMP est controversée pour deux principales raisons. La première concerne la logique néolibérale sous-entendue dans le cadre commercial international, qui comporte plusieurs éléments contradictoires à l'utilisation des mesures PMP. La seconde interpelle la dynamique asymétrique des relations internationales existant entre les pays du Nord et les pays du Sud, qui rend le processus de négociation environnementale plus laborieux. Ces deux paramètres contribuent à faire en sorte que les PMP demeurent un sujet de tension depuis plus d'une décennie et soulèvent des enjeux systémiques complexes. Nous cherchons donc à savoir pourquoi ces deux paramètres soulèvent la controverse et en quoi ils agissent sur l'orientation des mesures PMP.

1.2.1 UNE LOGIQUE CONTRADICTOIRE

Les théories libérales sont avant tout individualistes et s'opposent à tout ce qui peut aller à l'encontre des libertés individuelles, tel un État interventionniste⁵⁸. Par ailleurs, le libéralisme prône une intervention minimale de l'État et un maximum d'indépendance pour la sphère privée⁵⁹. En bref, «le libéralisme correspond à un système d'idéaux, de méthodes et de politiques qui ont pour objectif commun de procurer une plus grande liberté à l'individu»⁶⁰. «Dans le domaine économique, le libéralisme est la reconnaissance du droit à la liberté des activités et des échanges économiques, fondée sur la propriété privée et les lois du marché»⁶¹.

Avec la création de l'OMC en 1994, on assiste à l'institutionnalisation du libéralisme et à l'achèvement de sa mondialisation, ce qui marque par ailleurs le nouvel ordre mondial⁶². On emploie généralement le terme néolibéralisme pour qualifier le phénomène de mondialisation et d'institutionnalisation des valeurs libérales. «Réduite à sa plus simple expression, l'approche néolibérale repose essentiellement sur quatre piliers : la libéralisation, la déréglementation, la privatisation et la réduction des politiques sociales»⁶³. À cet effet, l'OMC représente l'institution internationale principale à la réalisation de ces politiques économiques néolibérales. Cependant, cette logique néolibérale oppose de nombreux éléments de contradiction à la logique de protection environnementale générale ainsi qu'au développement des mesures PMP. Par conséquent et pour plusieurs raisons, elle constitue la première source de tension entre le commerce et l'environnement en ce qui a trait à l'enjeu des PMP.

⁵⁸ Élie, *supra* note 22 à la p.254.

⁵⁹ Robichaud, « libéralisme » dans Dufault, Dufour, Macleod, *supra* note 19 à la p.90

⁶⁰ *Ibid.*, à la p.90-91.

⁶¹ Francis Fukuyama, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992, à la p.69

⁶² Dans la même foulée, l'*Accord de Libre-échange nord américain* (ALENA) est aussi entré en vigueur en 1994, Élie, *supra* note 22 à la p.275.

⁶³ Dorval Brunelle, *Dérive globale*, Montréal, Boréal, 2003, à la p.120.

D'abord, l'approche néolibérale est fondée sur les notions de propriété privée et d'intérêt individuel. Selon cette optique, la planète représente un vaste réservoir de ressources au service de l'homme⁶⁴. Cela peut sembler contradictoire avec la logique environnementale générale, qui conçoit plutôt l'environnement comme un patrimoine commun à préserver dans l'intérêt général de l'humanité⁶⁵. Ces deux visions confrontent en quelque sorte la logique de l'intérêt privé face à celle de l'intérêt collectif et dénotent une conception différente de l'environnement. Par exemple, le concept de droit de propriété intellectuelle (DPI) et le système de brevet qui s'y rattache ont été introduits à l'OMC dans l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*⁶⁶ (ADPIC) et démontre que la notion de propriété est importante du point de vue commercial. Par ailleurs, l'extension des brevets à tous les domaines, y compris au vivant et à la biodiversité signifie que des mammifères, des gènes et des savoirs traditionnels peuvent être brevetés à des fins commerciales⁶⁷. «Du point de vue écologique, les brevets relatifs aux ressources biologiques sont lourds de conséquences pour la conservation de la biodiversité et son utilisation durable»⁶⁸.

En outre, cette notion de propriété privée se transpose en droit international par le principe de souveraineté des États sur leur territoire et leurs ressources. Le concept de territorialité peut par ailleurs s'avérer problématique avec la poursuite d'objectifs environnementaux puisque les problèmes de pollution ne s'arrêtent pas aux frontières.

⁶⁴ Arbour et Lavallée, *supra* note 8 à la p.9.

⁶⁵ Kiss et Beurier, *supra* note 2 à la p. 22.

⁶⁶ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* en ligne : OMC.Doc. http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.pdf

⁶⁷ Vandana Shiva, *La vie n'est pas une marchandise : les dérivés des droits de propriété intellectuelle*, Paris, Écosociété, 2004, à la p.12. Shiva dénonce le fait qu'à l'aide des brevets, les grandes entreprises s'approprient les savoirs traditionnels et les ressources biologiques et parle par ailleurs de pillage biologique. Par conséquent, elle souligne que ce sont ceux qui détiennent les capitaux et les méthodes technologiques novatrices favorables au processus de brevetage qui détiennent alors les ressources naturelles et les savoirs traditionnels. Pour en savoir plus sur la question des brevets et leur rapport à la biodiversité, voir aussi : Timothy Swanson, *Intellectual Property Rights and Biodiversity Conservation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

⁶⁸ Shiva, *Ibid* à la p.56.

En ce qui concerne les PMP, l'application de mesures PMP à l'importation peut être interprétée par le pays exportateur comme étant un moyen utilisé par l'importateur afin d'imposer ses propres politiques environnementales. Les mesures PMP représenteraient, dans le cas échéant, une méthode d'ingérence dans les politiques nationales de l'exportateur, ce qui serait fondamentalement contraire au principe de souveraineté. La préséance du concept de souveraineté est ainsi susceptible de limiter le développement et/ou le durcissement des engagements environnementaux, comme les mesures PMP.

Deuxièmement, l'approche néolibérale prône les vertus du laisser-faire, croit que les lois naturelles assurent le bon fonctionnement du marché et dénonce en contrepartie tout recours au protectionnisme⁶⁹. À cet égard, la libéralisation économique des marchés et leur déréglementation constituent des politiques fondamentales de l'OMC. En ce qui concerne les mesures fondées sur les PMP, elles s'appliquent généralement à l'intérieur du pays et n'entrent donc pas nécessairement en conflit avec les politiques néolibérales du système commercial international. Néanmoins, certains États, poursuivant des objectifs environnementaux, imposent alors aux produits importés des contraintes commerciales fondées sur des PMP.

C'est donc à ce moment que les mesures PMP entrent en confrontation avec l'approche néolibérale soutenue par le cadre commercial. D'abord, les mesures PMP nécessitent préalablement la réglementation de l'État au niveau national et impliquent ensuite l'intervention de l'État lorsqu'elles sont employées au moment des échanges commerciaux. Or, la déréglementation et la libéralisation économique prônées par l'OMC signifient que l'État ne doit pas intervenir dans les échanges internationaux. C'est ainsi que la nature interventionniste nécessaire au développement de mesures PMP diverge de la nature non interventionniste des politiques néolibérales.

⁶⁹ Élie, *supra* note 22 à la p.266, voir aussi Serge D'Agostino, *Libre-échange et protectionnisme*, Paris, bréal, 2003.

Troisièmement, les mesures PMP appliquées lors des échanges prennent habituellement la forme de restrictions ou d'interdictions commerciales et constituent par le fait même des obstacles au commerce international qui viennent entraver la logique de libre-échange de l'OMC. D'autre part, ces mesures PMP sont généralement semblables aux normes internes de l'État qui les applique. Ces dernières sont par ailleurs élaborées en vue de respecter des engagements de droit international de l'environnement. Dès lors, deux types d'engagements découlant de deux domaines spécialisés de droit international s'entrechoquent.

D'un côté, les défenseurs de l'environnement craignent que le commerce international libre de toute entrave et la dynamique de consommation et de surproduction qui en découlent n'exacerbent les pratiques anti écologiques⁷⁰. Surtout que la croissance constante des activités économiques engendre une surexploitation des ressources naturelles et accélère le processus de dégradation de la planète. Cette situation témoigne de l'urgent besoin de durcir les politiques environnementales autour des activités économiques. Les écologistes croient aussi que la lenteur du durcissement des règles environnementales internationales est en partie attribuable à la logique néolibérale contradictoire du système commercial. De là l'argument juridique que les règles de l'OMC limitent la politique environnementale⁷¹ et par le fait même le développement et l'utilisation des mesures PMP. On remet donc en question l'attitude de l'OMC face aux considérations environnementales et on favorise l'ouverture d'une fenêtre environnementale plus grande.

D'un autre côté, on pourrait répondre que le domaine d'action de l'OMC est de servir de «cadre commun pour la conduite des relations commerciales entre ses Membres»⁷² et que ce n'est pas à elle de développer des politiques

⁷⁰ Nordström et Vaughan, *supra* note 4 à la p.1

⁷¹ Nordström et Vaughan, *supra* note 4 à la p.1

⁷² *Accord de Marrakech instituant l'OMC*, *supra* note 24 à l'article II ¶ 1

environnementales. Comme les PMP visent la protection de l'environnement, il appartiendrait ainsi au droit international de l'environnement de les encadrer, notamment via les AEM. Certains prétendent que si on fait place aux considérations environnementales à l'OMC, pourquoi ne ferait-on pas également place aux droits de l'homme et au droit du travail, étant donné qu'ils ont aussi un lien avec la production⁷³. Finalement, l'argument suivant la logique du principe de souveraineté avance que le développement des mesures PMP devrait plutôt être du ressort de chaque État. Bref, envisagées sous l'angle économique, les mesures PMP ne devraient pas être encadrées par le système commercial.

Quatrièmement, le néolibéralisme met l'emphasis sur la croissance économique et prône à cet effet une politique de réduction des politiques sociales⁷⁴. Cela paraît dichotomique avec l'élaboration des politiques environnementales fondées sur les PMP, car celles-ci visent des buts sociaux. Cette tendance est démontrée par le fait qu'aucune disposition du *GATT* ne mentionne le terme environnement et nous verrons (ch.2) par ailleurs combien il est difficile de faire prévaloir les mesures PMP à titre exceptionnel. L'importance accordée au volet économique semble ainsi se faire au détriment des mesures sociales, ce qui confère en quelque sorte une préséance des préoccupations économiques sur les préoccupations environnementales.

Par conséquent, le niveau de protection de l'environnement est souvent affilié au niveau de développement économique d'un État. Or, les États n'ont pas le même contexte et ne développent pas leurs politiques environnementales au même rythme et au même degré, ce qui rend la protection de l'environnement très hétérogène. Ce phénomène peut jouer sur l'efficacité de la protection environnementale en général, car tous les États⁷⁵ ne sont pas au même niveau de développement économique. À

⁷³ Howse et Regan, *supra* note 55 à la p.283.

⁷⁴ Brunelle, *supra* note 63 à la p.120 et suivantes.

⁷⁵ Parlant ici des 153 Membres de l'OMC, (en date du 23 juillet 2008).

notre avis, la prééminence accordée au développement économique est attribuable au modèle de développement véhiculé par l'approche néolibérale.

Il y a plusieurs théories du développement et certains répertorient jusqu'à vingt-quatre définitions. Ce concept fut successivement «vrai», «humain», «autocentré» avant d'être «durable»⁷⁶. Néanmoins, un seul modèle domine : le modèle de développement occidental⁷⁷ qui repose sur la prémisse que l'accroissement constant des biens produits apporte forcément un avenir meilleur⁷⁸. En effet, Gélinas croit que «la capitalisation est le véritable nom du développement et que le point de départ de tout progrès économique et social, c'est l'accumulation systématique du capital et son investissement productif»⁷⁹.

D'ailleurs, le produit national brut (PNB) a longtemps été l'indicateur premier afin de mesurer le niveau de développement d'un pays à l'échelle internationale⁸⁰. Cette approche principale du développement a pris son essor au courant des années 1980 et part donc de l'hypothèse qu'il existe un lien étroit entre la croissance économique nationale et l'élargissement des choix humains individuels⁸¹ propres au libéralisme. En effet, le programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) affirme qu'il y a une «croyance généralement partagée en la théorie des

⁷⁶ Michel Damian et Jean-Christophe Graz, *Commerce international et développement soutenable*, Paris, Economica, 2001, à la p.92. Voir aussi la source originelle : David W. Pearce, Anil Markandya et Edward Barbier, *Sustainable development economics and environment in the Third World*, E. Edgar, Aldershot, 1990.

⁷⁷ Gilbert Rist, *Le développement : Histoire d'une croyance occidentale*, Paris, Presses de Science Po, 2001.

⁷⁸ *Ibid*, à la p.389.

⁷⁹ Jacques B. Gélinas, *Et si le Tiers Monde s'autofinçait : De l'endettement à l'épargne*, Montréal, Écosociété, 1994 à la p.126.

⁸⁰ Maintenant, le PNUD, dans ses rapports annuels mondiaux sur le développement, ne se base plus principalement sur le PNB comme mesure du développement, ce dernier a été remplacé par l'indice de développement humain (IDH) qui élargit ses critères à d'autres facteurs, tel que l'alphabétisation, la santé, l'accès aux ressources, la situation politique etc. référence le PNUD, En ligne : <http://www.undp.org>

⁸¹ PNUD, *Origines de l'approche du développement humain*, en ligne : PNUD <http://hdr.undp.org/fr/devhumain/origines>

effets de retombées «trickle down» selon laquelle les forces du marché ont le pouvoir de répandre par le haut les avantages économiques et de mettre ainsi fin à la pauvreté»⁸².

Cette conception se reflète dans la déclaration des chefs d'États : «le commerce international peut jouer un rôle majeur dans la promotion du développement économique et la réduction de la pauvreté»⁸³. En effet, la communauté internationale estime que «le système commercial multilatéral qu'incarne l'Organisation mondiale du commerce a largement contribué à la croissance économique, au développement et à l'emploi tout au long des 50 dernières années»⁸⁴. On perçoit donc le développement comme le résultat du phénomène de croissance économique et l'OMC comme l'institution permettant d'arriver à un tel résultat. Cette conception du développement peut jouer un rôle prépondérant en ce qui concerne la protection de l'environnement.

Effectivement, la relation entre la protection de l'environnement et le développement est un élément clé des rapports entre commerce et environnement. Elle fut d'ailleurs l'objet de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED) ayant lieu à Rio en 1992. C'est là que le terme "développement durable" fut officialisé dans le but de réaliser la synthèse entre ces deux objectifs (environnement/développement)⁸⁵. Le rapport Brundtland, issu des travaux de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement (CMED), offre par ailleurs la définition la plus couramment citée du développement durable : «le développement soutenable est un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux

⁸² *Ibid* (PNUD)

⁸³ OMC, *Déclaration ministérielle*, OMC Doc.WT/MIN(01)/DEC/1, 4^{ième} sess., Doha, 14 novembre 2001, au ¶ (1).

⁸⁴ *Ibid*, (Déclaration ministérielle), au ¶ (2).

⁸⁵ Marc Pallemarts, «La Conférence de Rio: Grandeur ou décadence du droit international de l'environnement ?» (1995) 28 Rev.B.D.I., à la p. 181.

leurs»⁸⁶. Cette définition ne sera toutefois pas reprise formellement dans les textes de droit en raison de la controverse et de l'ambiguïté qu'elle suscite. Bien que le concept de développement durable ne se retrouve pas clairement défini dans la *Déclaration de Rio*, douze de ses vingt-sept principes en font toutefois mention⁸⁷.

Depuis Rio, ce concept se retrouve dans presque tous les traités nationaux et internationaux en matière d'environnement. Cependant, «le contenu précis et la portée juridique de cette notion ne sont pas clairs et ne font que très rarement l'objet d'analyses détaillées»⁸⁸. Le développement économique fait lui aussi partie intégrante du concept et la relation qu'entretiennent les objectifs environnementaux et les objectifs économiques n'est pas perçue de façon uniforme⁸⁹. À cet effet, le principe 12 de la *Déclaration de Rio* démontre l'importance accordée au système commercial et à la croissance économique:

Les États devraient coopérer pour promouvoir un système économique international ouvert et favorable, propre à engendrer une croissance économique et un développement durable dans tous les pays, qui permettrait de mieux lutter contre les problèmes de dégradation de l'environnement. Les mesures de politique commerciale motivées par des considérations relatives à l'environnement ne devraient pas constituer un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable, ni une restriction déguisée aux échanges internationaux. Toute action unilatérale visant à résoudre les grands problèmes écologiques au-delà de la juridiction du pays importateur devrait être évitée. Les mesures de lutte contre les problèmes écologiques transfrontières ou mondiaux devraient, autant que possible, être fondées sur un consensus international⁹⁰. (Nous soulignons)

«À la lecture du principe 12, on y discerne en filigrane l'équation réductrice "croissance économique dans tous les pays = développement durable = protection de

⁸⁶ Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, publications du Québec, éditions du fleuve, 1988, à la p.51

⁸⁷ Se référer aux principes : 1, 4, 5, 7, 8, 9, 12, 20, 21, 22, 24 et 27.

⁸⁸ Astrid Espiney et Martin Sheyli, «Le concept de développement durable en droit international public» (1997) *Revue suisse de droit international et européen*, à la p.247.

⁸⁹ *Ibid*

⁹⁰ *Rio*, *supra* note 16, au principe 12.

l'environnement" »⁹¹. La protection de l'environnement est perçue ici comme l'aboutissement du développement durable et non comme une partie intégrante du processus. Aussi, le principe 12 transcrit quasi littéralement les termes juridiques correspondants aux principes fondamentaux du *GATT*. En effet, les similarités de sa terminologie avec celle de l'article XX du *GATT* sont flagrantes et l'interdiction de la portée extra juridictionnelle d'une mesure nationale est réaffirmée. On constate donc que le droit international de l'environnement endosse les principes de libre-échange du droit commercial et que la notion de développement durable suit la logique du modèle de développement traditionnel. On peut supposer alors que l'objectif poursuivi en adaptant le droit de l'environnement de la sorte est de limiter les possibilités de conflit entre les deux domaines de droit international.

En outre, les opinions doctrinales ne sont pas unanimes en ce qui a trait à la notion de développement durable : «tandis que certains auteurs insistent sur l'étroite relation entre la protection de l'environnement et le développement économique, d'autres défendent une limitation du concept de développement durable à des préoccupations purement environnementales»⁹². En fait, le principal problème posé par la notion de développement durable est l'ambiguïté et l'hétérogénéité de son interprétation.

Le concept de développement durable m'apparaît donc comme une espèce de couvre-lit, mi-scientifique et mi-idéologique, que tous essaient de tirer de leur côté. C'est un cri de ralliement pour ceux qui sont intéressés à travailler au développement et à la protection de l'environnement, à l'harmonisation de l'économie et de l'écologie dans une perspective de justice et d'équité sociale. C'est une formule de compromis qui a émergé graduellement entre 1970 et 1987 entre les militants verts, d'une part, et les partisans du développement dans les pays pauvres mais aussi ailleurs dans le monde, d'autre part⁹³.

⁹¹ Pallemmaerts, *supra* note 85 à la p.184.

⁹² Espiney et Sheyli, *supra* note 88 à la p.258.

⁹³ Jean-Guy Vaillancourt, «Penser et concrétiser le développement durable» (2005) 15 *Écodécision*, p.24.

Bien qu'on tente ici de formuler un modèle alternatif à l'approche traditionnelle du développement qui, selon Amartya Sen, reposerait sur l'idée «de faire progresser les richesses de la vie humaine, plutôt que les richesses de l'économie»⁹⁴, il semble toutefois qu'il ne réussisse pas à bouleverser le modèle de développement traditionnel axé sur l'économie de marché⁹⁵. «Le conflit qui existe entre la nécessité de développer un système de protection de l'environnement efficace et les impératifs liés au développement économique joue un rôle important dans ce contexte»⁹⁶, et à ce sujet, le Nord et le Sud n'interprètent pas les choses de la même manière, se référant à leur propre échelle des priorités.

Nous sommes effectivement en présence de deux façons de concevoir les PMP, en fonction de leur influence sur les échanges commerciaux et selon le niveau de développement économique de chaque État. Ainsi, le développement économique est perçu comme étant préalable au développement des politiques environnementales et cette conception est selon nous imputable au modèle de développement néolibéral. Par conséquent, les mesures PMP sont comprises comme étant tributaires de l'échelle des priorités gouvernementales, qui fluctue selon le contexte économique. Bref, les politiques néolibérales de l'OMC et le modèle de développement dominant influencent grandement la façon d'envisager les mesures PMP et à cet effet, le Nord et le Sud ont des visions divergentes. Par ailleurs, la dynamique Nord-Sud est un paramètre important puisqu'il sous-tend tout le débat entourant l'utilisation des mesures PMP.

⁹⁴ PNUD, *supra* note 81 où il définit le développement humain.

⁹⁵ Annie Rochette, «Stop the Rape of the World: An Ecofeminist Critique of Sustainable Development» (2002) 51 U.N.B. L.J. 145, à la p.146

⁹⁶ Espiney et Sheyli, *supra* note 88 à la p.266.

1.2.2 DYNAMIQUE NORD-SUD⁹⁷

La dynamique Nord-Sud constitue la deuxième source de controverse à propos des mesures PMP et représente un enjeu considérable à leur éventuelle application. Il existe manifestement des tensions entre les pays du Nord et les pays du Sud concernant la place qu'occupe la protection de l'environnement et les ressources nécessaires à y allouer⁹⁸. Malgré le fait que les PMP puissent générer des bénéfices sur la production à long terme, ils nécessitent toutefois des investissements de base importants⁹⁹, investissements initiaux que peu de pays du Sud sont en mesure de faire. Ceux-ci estiment donc qu'il faut d'abord régler le problème de pauvreté avant de pouvoir s'occuper des problèmes environnementaux¹⁰⁰. Cette position découle de la prémisse néolibérale, à notre avis mal fondée, selon laquelle le développement économique est préalable à la protection environnementale.

En effet, les pays du Sud ne veulent pas que l'environnement soit introduit trop significativement dans le cadre commercial par crainte que cela brime leur expansion économique. Les pays du Sud réclament d'abord le droit de développer leur économie et ce, au même titre que les pays du Nord l'ont fait, soit avec peu de restrictions environnementales¹⁰¹. Or, la planète ne pourrait fournir toutes les ressources nécessaires à la production à grande échelle et ne pourrait non plus supporter le niveau de pollution que cela engendrerait. Pour arriver à répondre aux

⁹⁷ Plusieurs termes sont employés pour distinguer les deux réalités économiques, tels que Pays en voie de développement ou pays développés, pays riches ou pauvres, pays aux économies émergentes ou pays industrialisés, pays du tiers-monde ou pays industrialisés ou occidentaux, pays moins avancés, etc. Cette matière pourrait faire l'objet d'une longue analyse car chacun des termes sous-tend des visions spécifiques et soulève des positions controversées, mais tel n'est pas le but de notre recherche. En ce qui nous concerne, nous choisissons les termes Nord-Sud et même si l'exactitude de ce dernier est aussi discutable, il nous apparaît comme étant le moins péjoratif.

⁹⁸ Concernant la dynamique Nord-Sud dans le débat entre commerce et environnement, consulter: Scott Vaughan, «Trade and Environment: Some North-South Considerations» (1994) 27 Cornell Int'l L. J. 591. Aussi plus généralement: Karin Mickelson, «South, North, International Environmental Law, and International Environmental Lawyers» (2000) 11 Yearbook of International Environmental Law 52-81.

⁹⁹ Voir à ce sujet l'étude du PNUE, *supra* note 51.

¹⁰⁰ Vaughan, *supra* note 98 à la p. 595.

¹⁰¹ Vaughan, *supra* à la note 98 à la p.593.

besoins du Sud en respectant la limite de ce que la planète peut offrir, certains entrevoient la décroissance des économies du Nord pour permettre le développement du Sud¹⁰², un sujet qui ne fait pas l'unanimité, pas plus que ne l'est celui de l'inclusion des PMP dans le corpus d'accords de l'OMC. À ce titre, plusieurs raisons poussent les pays du Sud à s'opposer fermement à une telle intégration.

La première raison constitue l'élément central du débat Nord-Sud et concerne la crainte des pays du Sud de voir les pays du Nord utiliser les mesures PMP à des fins protectionnistes. Un tel comportement, que certains qualifient de "protectionnisme vert"¹⁰³, peut venir bouleverser la dynamique des échanges commerciaux et soulève ainsi la controverse. Voici deux types de répercussions anticipées et associés à l'utilisation des mesures PMP :

«First, a PPM can restrict trade or make it harder and costlier for an exporter to supply a foreign market. Second, PPMs are a signal from importing countries to exporting countries about the environmental practices and laws that the importing country thinks the exporting country should have»¹⁰⁴.

Autrement dit, les PMP peuvent représenter des entraves aux échanges pour bien des pays du Sud et constituer un moyen pour les pays du Nord d'imposer leurs valeurs environnementales.

Mis à part que les PMP servent des buts sociaux et environnementaux importants, les pays du Sud ont peur que l'utilisation des PMP à des fins protectionnistes vise à favoriser le marché des pays du Nord et ainsi défavoriser les leurs. Actuellement, l'utilisation des PMP est presque exclusivement le fait des pays du Nord et vise principalement les pays du Sud¹⁰⁵. Ces derniers craignent que les PMP puissent servir

¹⁰² Damian et Graz, *supra* note 56 à la p.664

¹⁰³ Terme couramment employé dans la doctrine pour décrire les mesures de protectionnisme déguisé sous le couvert des politiques environnementales.

¹⁰⁴ Steve Charnovitz, «The Law of Environmental "PPMs" in the WTO: Debunking the Myth of Illegality» (2002) 27 Yale J. Int'l. L. 59, à la p.62

¹⁰⁵ *Ibid*

d'outil "éco-impérialiste" au Nord, forçant le Sud à devoir adopter des politiques environnementales contre leur gré¹⁰⁶. De surcroît, ce type d'utilisation serait contraire au droit souverain des États ainsi qu'aux engagements de la communauté internationale qui réaffirme sa foi au système de libéralisation des échanges et «rejette le recours au protectionnisme»¹⁰⁷.

La question de la responsabilité environnementale représente le deuxième point soulevé dans le débat Nord-Sud en ce qui concerne la place à accorder aux mesures PMP dans les échanges commerciaux. Les considérations environnementales ne peuvent plus être évacuées et concernent tout le monde. Les pays du Sud estiment toutefois que la responsabilité en matière de pollution ne leur incombe pas et qu'elle repose sur les principaux pollueurs, soit les pays du Nord¹⁰⁸, surtout que les effets de la pollution sont majoritairement ressentis et subis par les pays du Sud, faisant ainsi ressortir la dynamique asymétrique des relations internationales. Les préoccupations environnementales sont perçues par les pays du Sud comme le reflet des priorités du Nord et constituent un enjeu de débat important lors des négociations internationales¹⁰⁹. En revanche, l'axe sud soutient qu'il devrait être de la responsabilité des pollueurs, soit les pays du Nord, d'agir en matière de protection environnementale.

Cette différence de conception concernant la responsabilité environnementale se traduit en droit international de l'environnement. À cet effet, le principe de responsabilités communes mais différenciées constitue une façon de prendre en considération la réalité et les préoccupations du Sud. Ce principe est codifié au principe 7 de la *Déclaration de Rio* :

¹⁰⁶ *Ibid*

¹⁰⁷ OMC, Déclaration Ministérielle de Doha, *supra*, note 83 au ¶ (1).

¹⁰⁸ Mickelson, *supra* à la note 98 à la p.70 à 72.

¹⁰⁹ Vaughan, *supra* à la note 98 à la p. 593

Les États doivent coopérer dans un esprit de partenariat mondial en vue de conserver, de protéger et de rétablir la santé et l'intégrité de l'écosystème terrestre. Étant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les États ont des responsabilités communes mais différenciées. Les pays développés admettent la responsabilité qui leur incombe dans l'effort international en faveur du développement durable, compte tenu des pressions que leurs sociétés exercent sur l'environnement mondial et des techniques et des ressources financières dont ils disposent¹¹⁰.

L'enchâssement de ce principe confirme implicitement l'existence d'un réel déséquilibre dans les relations internationales et témoigne ainsi de la divergence d'opinion à propos de la responsabilité environnementale.

Un troisième élément du débat Nord-Sud et aussi relié au principe de responsabilités communes mais différenciées est le rôle que jouent la science et la technologie dans l'élaboration et l'application des mécanismes de protection de l'environnement. Ce point de controverse explique, du moins en partie, pourquoi le Sud est réticent face à l'introduction des PMP en droit commercial entre autres parce qu'il existe une asymétrie évidente au niveau des ressources technologiques, scientifiques et techniques. Dans le domaine environnemental particulièrement, les connaissances scientifiques représentent des données largement utiles : d'une part, elles servent à identifier les activités humaines dommageables sur l'environnement et à évaluer leurs effets potentiellement néfastes ; d'autre part, elles permettent de développer les moyens technologiques visant à les atténuer. La science constitue donc la clé de voûte de l'orientation du droit international de l'environnement¹¹¹ et tel que

¹¹⁰ Rio, *supra* note 16 au principe 7

¹¹¹ Voir à ce propos Michel Prieur, «Introduction Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement» dans CRIDEAU, *Incertainde juridique, incertitude scientifique : Actes du Séminaire de l'Institut fédératif «Environnement et Eau»* (Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 2001), pp.9-15. L'importance du rôle de la science dans l'orientation du droit international de l'environnement se dessine à travers plusieurs articles de divers instruments tels que : l'article 7 de la *Convention de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale*, 2 février 1971, R.T.N.U. I-14583, (entrée en vigueur : 21 décembre 1975) [amendée le 13 juillet 1994 à Paris] ; l'article 3(a)- 4(d) et 8 de la *Convention de Bonn sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage*, 23 juin 1979, R.T.N.U. I-28395, (entrée en vigueur : 11 janvier 1983) ; aussi plusieurs articles reposent sur l'autorité d'un organe scientifique, entre autres l'article 9

l'affirme le principe 18 de Stockholm, elle est un outil essentiel «pour déceler, éviter ou limiter les dangers qui menacent l'environnement et résoudre les problèmes qu'il pose, et d'une manière générale pour le bien de l'humanité»¹¹².

Effectivement, le développement de mesures PMP ainsi que le contrôle et l'application de telles mesures dépendent beaucoup de l'expertise technologique et scientifique. L'évolution de la terminologie doctrinale tend par ailleurs à confirmer ce lien étroit existant entre les sciences et technologies, d'une part, et les mesures environnementales comme les PMP, d'autre part. À ce propos, on a couramment recours aux termes : technologie verte, technologie propre ou technologie écologiquement rationnelle¹¹³. Prenons l'exemple d'une entreprise qui veut réduire le taux de rejet de polluant atmosphérique associé à ses activités de production et développe, pour ce faire, un système de filtration des émanations toxiques. Ou l'exemple d'une société qui installe un système de caméra pour détecter les erreurs d'impression dans le but de réduire leur consommation superflue d'encre et de papier et ainsi diminuer leur rejet de fumée nocive (voir encadré 1.1). L'élaboration de ces deux types de mesures PMP exige par conséquent la maîtrise et la connaissance de technologie scientifique spéciale.

En outre, les sciences et technologies constituent des connaissances spécialisées largement détenues par le Nord, ce qui entraîne une dynamique de dépendance. En ce sens, le développement de PMP chez les pays du Sud risque d'être assujéti à la bonne volonté des pays du Nord de remplir leurs obligations de transfert de technologie et de connaissance. Ces obligations découlent du principe 20 de la *Déclaration de Stockholm* et sont réaffirmées au principe 9 de la *Déclaration de Rio*.

de la *Convention de Washington sur le commerce international des espèces sauvages de faune et de flore menacées d'extinction (CITES)*, 3 mars 1973, R.T.N.U. I-14537, entrée en vigueur : 1^{er} juillet 1975.

¹¹² Stockholm, *supra* note 11

¹¹³ PNUE, *Rapport annuel 2006* Doc.Off NU en ligne : <http://www.unep.org> terme tiré de la p.35

Principe 20 (Stockholm) : On devra encourager dans tous les pays, notamment dans les pays en voie de développement, la recherche scientifique et les activités de mise au point technique, dans le contexte des problèmes d'environnement, nationaux et multinationaux. À cet égard, on devra encourager et faciliter la libre circulation des informations les plus récentes et le transfert des données d'expérience, en vue d'aider à la solution des problèmes d'environnement ; on devra mettre les techniques intéressant l'environnement à la disposition des pays en voie de développement, à des conditions qui en encouragent une large diffusion sans constituer pour eux une charge économique¹¹⁴.

Principe 9 (Rio) Les États devraient coopérer ou intensifier le renforcement des capacités endogènes en matière de développement durable en améliorant la compréhension scientifique par des échanges de connaissances scientifiques et techniques et en facilitant la mise au point, l'adaptation, la diffusion et le transfert de techniques, y compris de techniques nouvelles et novatrices¹¹⁵.

Ainsi, plusieurs points expliquent le conflit de perspectives existant entre le Nord et le Sud en ce qui concerne les PMP et les tensions entre le commerce et l'environnement. On fait référence ici à la conception du développement et des priorités, aux croyances au libre marché et au rejet du protectionnisme qui y est affilié, aux questions de responsabilité environnementale ainsi que du déséquilibre des ressources et des savoirs technologiques. Ces dissensions se traduisent en droit international de l'environnement à travers plusieurs principes et dans différents instruments juridiques. Nous pensons plus particulièrement au principe de responsabilités communes mais différenciées ainsi qu'aux obligations de transfert des technologies ; au principe de développement durable et ses trois piliers indivisibles :

¹¹⁴ *Stockholm, supra* note 11

¹¹⁵ *Rio, supra* note 16, notons aussi que le principe de transfert de technologie est réaffirmé dans plusieurs autres instruments, notamment : au principe 18 de la *Déclaration de Johannesburg supra* note 41, à l'article 4(c) de la *Convention-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 9 mai 1992, 1771 R.T.N.U. 107, (entrée en vigueur : 21 mars 1994) ; et à l'article 10 (c) de son *Protocole de Kyoto à la Convention-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 11 décembre 1997, 2302 R.T.N.U. 148, (entré en vigueur : 16 février 2005) ; aussi à l'article 5 (8) du *Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, 16 septembre 1987, 1522 R.T.N.U. 3, (entré en vigueur : 1^{er} janvier 1989).

économie, environnement et développement social¹¹⁶ ; au principe de précaution basé sur l'évaluation scientifique des risques ainsi qu'au principe de pollueur-payeur.

Étant donné que le droit international de l'environnement est relativement nouveau, il doit alors composer avec une dynamique des relations internationales et un ordre économique déjà existants, comme la dynamique Nord-Sud et le droit de l'OMC. Or, les normes environnementales, s'inscrivent dans un contexte de relations asymétriques où les théories néolibérales dominent. Cette situation ne peut faire autrement que d'influencer le processus de coopération environnementale entre les États.

Les principaux caractères du droit international public procèdent logiquement des caractères mêmes de la société internationale. En dernière analyse, le droit est toujours le résultat d'un processus politique quelconque – débat démocratique ou ordonnance royale – qui lui donne sa forme et détermine son contenu.¹¹⁷

Le consensus, qui bien souvent se dégage lors des dernières heures des négociations internationales, signifie qu'on a finalement trouvé le plus petit commun dénominateur, la solution la moins contraignante, susceptible de rallier le plus grand nombre¹¹⁸. Ce n'est généralement pas le niveau optimal de développement de la règle que les défenseurs de l'environnement souhaiteraient voir adopter. L'élaboration et la mise en œuvre de normes internationales fondées sur les PMP seraient sans doute un des moyens permettant d'atteindre un meilleur niveau de protection environnementale. Cependant, une telle mise en œuvre se bute aux nombreux

¹¹⁶ Tel que mentionné dans la *Déclaration de Johannesburg*, *supra* note 41, aux principes 1 et 5.

¹¹⁷ Jean-Maurice Arbour, *Droit international public*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, à la p. 22.

¹¹⁸ Arbour et Lavallée, *supra* note 8 à la p.41

obstacles énumérés ci-haut, ce qui remet en question l'efficacité et l'effectivité du système de gouvernance environnementale¹¹⁹.

En outre, la norme environnementale se forme dans des conditions où les bases de l'architecture de droit international sont déjà établies, avec ses principes, ses institutions et ses règles¹²⁰. En effet, comme le droit international de l'environnement est relativement récent, son processus de normativité doit transiger avec une dynamique spécifique des relations internationales et faire face à un contexte de droit international déjà établi. Le point subséquent propose donc d'étudier ce contexte de droit international puisque c'est avec lui que devra composer le processus de formation d'une norme sur les PMP. Nous faisons référence ici au contexte de fragmentation du droit international, qui représente un défi supplémentaire à l'application des mesures PMP au niveau international.

1.3 FRAGMENTATION DU DROIT INTERNATIONAL

Le droit international connaît une expansion depuis le XX^e siècle, et celle-ci est marquée par l'accélération croissante de la production normative. Cette expansion, qui complexifie considérablement le droit international, est le fruit d'une combinaison de plusieurs facteurs. Les experts de droit international étudient ce phénomène et plusieurs craignent que l'ordre juridique international en soit menacé. Dès lors, ces préoccupations ont donné naissance à l'expression "fragmentation du droit

¹¹⁹ La question de l'effectivité du droit international de l'environnement fait l'objet de plusieurs études, notamment : IDDRI, *La mise en œuvre du droit international de l'environnement*, de Sandrine Maljean-Dubois, Paris 2003 en ligne : <http://www.iddri.org> voir aussi Marc Pallemarts, «Le droit comme instrument des politiques internationales de l'environnement: effectivité et symbolisme des normes» dans Michel Pâques et Michaël Faure, *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne* (Bruxelles : Bruylant, 2003), p.57-67. Voir aussi les différents travaux du PNUE à ce sujet : <http://www.unep.org>

¹²⁰ Vaughan Lowe, « The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing? » dans Michael Byers, dir., *The Role of Law in International Politics: Essay in International Relations and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 207.

international"¹²¹. Cette notion sert à décrire la multiplication des conflits systémiques et normatifs qui résulteraient de la diversification du droit et qui, selon certains, menaceraient son unité¹²². Elle sous-entend donc a contrario qu'il y ait unité du droit international et que celle-ci soit en danger¹²³.

L'invocation spontanée du concept de «fragmentation» implique que l'on situe ce phénomène comme affectant un ensemble cohérent ; un tout perçu comme organisant en lui-même de façon rationnelle les rapports entre des normes posant des droits et des obligations, leurs destinataires et les conséquences attachées à leur violation¹²⁴.

Quatre facteurs spécifiques expliquent le phénomène de fragmentation du droit international. Premièrement, le droit international est caractérisé par une prolifération marquée des tribunaux judiciaires. La Cour internationale de justice (CIJ), la Cour pénale internationale (CPI), le tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), le tribunal pénal pour le Rwanda (TPIR), l'organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC, les cours régionales en matière de droit de l'homme et de justice pénale

¹²¹ Le sujet de la fragmentation du droit international pourrait faire l'objet d'un mémoire complet sur l'analyse de la nature du droit international, car deux écoles de pensée (le normativisme positiviste opposé à l'institutionnalisme sociologique, aussi appelé pluralisme juridique) existent quant à l'interprétation du phénomène de fragmentation du droit international et de la notion d'ordre juridique international (moniste versus dualiste). On doit en comprendre que d'un côté, la fragmentation est vue comme une menace à l'effectivité du droit international, et de l'autre, comme une adaptation du droit international à la réalité de la société internationale actuelle. Mais il n'est pas utile aux objectifs de notre mémoire de faire une analyse plus que nécessaire, ni de prendre partie. Ainsi nous ciblons les différents facteurs contribuant à l'expansion et la complexification du droit international, caractéristiques premières de la fragmentation. Notre objectif est de décrire sommairement le phénomène de fragmentation du droit international afin de démontrer la réalité du contexte de droit international actuel, et en quoi, cette réalité influence le processus normatif environnemental. Voir à ce sujet : Eve-Lyne Comtois Dinel, «La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ?» (2006) 2 *Lex electronica* 1, aussi : European University Institute Department of Law (EUI working paper), *La fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a?*, par Pierre-Marie Dupuy, rapport n°2006/14 (2006) disponible en ligne : <http://hdl.handle.net/1814/4370>, Martti Koskeniemi et Päivi Leino, «Fragmentation of International Law ? Postmodern Auxiliaries» (2002) 15 *Leiden J. Int'l L.*

¹²² Voir à ce sujet le rapport de la Commission de Droit International : *Rapport du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Doc.Off. AG NU, 56^e sess., Doc.NU A/CN.4/L.663/Rev.1 (2004).

¹²³ Comtois Dinel, *supra* note 121 à la p.2

¹²⁴ Dupuy, *Ibid* à la p.3.

etc. sont autant d'exemples de tribunaux œuvrant sur la scène internationale et produisant des arrêts susceptibles d'orienter le droit international¹²⁵. De ce fait, la possibilité de retrouver des décisions contradictoires est décuplée.

Le fait qu'il y ait autant d'institutions juridiques peut laisser place à la diversité dans l'interprétation des normes de droit international général. Le risque de chevauchement de juridiction compte parmi les craintes actuelles et certains ne voient pas d'un bon œil cette constellation d'organes interpréter et appliquer le droit seulement en fonction de standards inhérents à leur domaine spécifique¹²⁶. Cet aspect ajoute un élément de difficulté à une interprétation uniforme du droit international et les PMP n'échappent pas à cette problématique. Ces derniers posent le questionnement de la légitimité de l'instance régulatrice, à savoir quelle instance est la plus habilitée à les encadrer et quel régime de droit doit les réguler. Comme les PMP touchent à la fois le commerce et l'environnement, la question devient d'autant plus complexe, surtout que les deux domaines n'envisagent pas les PMP de la même façon. La création d'un organe judiciaire supplémentaire, spécialisé en droit international de l'environnement, doit-elle être mise en œuvre ? Cet organe risquerait peut-être d'entrer en contradiction avec l'ORD, ou avec d'autres institutions judiciaires internationales, venant ainsi complexifier davantage les jugements et les champs de compétences attribués à chaque institution.

Deuxièmement, on assiste aussi à une multiplication des acteurs internationaux et de leur implication en droit international. Le phénomène de la mondialisation a fait place à une plus grande interdépendance entre les acteurs, et a aussi permis à certains d'entre eux de jouer un rôle international plus important. Ces acteurs viennent

¹²⁵ Selon le Statut de la CIJ, l'article 38(d) reconnaît comme source droit : sous réserve de la disposition de l'Article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit. Référence : Statut annexé à la *Charte des Nations Unies*, *supra* note 43.

¹²⁶ Comptois Diné, *supra* note 121 à la p.4.

bouleverser le rôle de l'État, longtemps considéré comme acteur principal des relations internationales¹²⁷. C'est le cas entre autre, des organisations non-gouvernementales (ONG), des multinationales et des organisations internationales. Toutes ces institutions se multiplient, œuvrent aussi bien au niveau national, régional qu'international et agissent dans tous les domaines, tant sur le plan environnemental que commercial.

Ces dernières années, la participation des ONG s'est accrue de façon considérable au niveau du processus de négociations internationales. À Rio en 1992, elles comptaient 20 000 représentants, soit deux fois plus que le nombre de représentants des États¹²⁸. Bien qu'elles ne possèdent pas la personnalité juridique en droit international, elles apportent une contribution importante en ce qui a trait au processus d'information, de sensibilisation et de négociation en matière environnementale¹²⁹. Elles jouent un rôle central dans la mise en application de certaines conventions environnementales, telle que la *CITES*¹³⁰.

De plus, les ONG mettent souvent en lumière les enjeux du débat entre le commerce et l'environnement et luttent fréquemment pour défendre des objectifs sociaux, comme la protection de l'environnement et les PMP¹³¹. Par ailleurs, l'importance de leur contribution et leur influence en droit international sont de plus en plus reconnues. En 1994, l'OMC reconnaît en incluant à l'article V(2) de l'Accord instituant l'OMC que : «le conseil général pourra conclure des arrangements

¹²⁷ Samuel Knafo « État », dans Macleod, Dufaut et Dufour, *supra* note 17 à la p.60

¹²⁸ Arbour + Lavallée, *supra* note 8 à la p.40.

¹²⁹ David Hunter, James Salzman et Durwood Zaelke. *International Environmental Law and Policy*, 2nd éd. New York, Foundation press, 2002 aux p. 254 à 263

¹³⁰ Voir l'article XI de la *CITES* *supra* note 111; aussi, *Ibid*, à la p.261.

¹³¹ Notons par ailleurs que c'est la pression des ONG et des consommateurs qui a amené Shell et BP à améliorer leur comportement à l'égard de l'environnement. Sources : Peter Utting, «Un intérêt bien compris ?» (2001) 4 courrier de la planète N°64 à la p.2 disponible en ligne : <http://www.courrierdelaplanete.org/64/article2.htmlb> aussi voir : UNRISD, Institut de recherche des Nations Unies pour le développement social, en ligne : <http://www.unrisd.org>

appropriés aux fins de consultation et de coopération avec les organisations non gouvernementales s'occupant de questions en rapport avec celles dont l'OMC traite». Aussi, plusieurs ONG se voient octroyer le statut d'observateur à l'ONU et collaborent et communiquent avec le conseil économique et social, qui est doté d'un comité spécial de 19 Membres chargé des ONG¹³².

Les organisations internationales (OCDE, PNUE, OMC etc.), de par leur pouvoir juridique¹³³, contribuent à façonner le droit international. En tant que regroupement d'États, elles gagnent du pouvoir sur la scène internationale et viennent ébranler la souveraineté de l'État, principe fondamental du droit international. Cette dynamique d'autonomisation plus ou moins affirmée peut être perçue comme une menace à l'unité du droit international¹³⁴.

De plus, les organisations internationales répondent à une logique contradictoire, que Georges Scelle qualifie de dédoublement fonctionnel¹³⁵. Bien que leurs actes constitutifs soient des traités et qu'elles jouissent de la personnalité juridique en droit international, elles répondent à une logique fonctionnelle, qui n'est généralement pas guidée par le principe de territorialité. «Les organisations internationales sont régies par le "principe de spécialité", c'est-à-dire dotées par les États qui les créent de compétences d'attribution dont les limites sont fonction des intérêts communs que

¹³² Les ONG diffusent de l'information sur les Nations Unies à leurs adhérents permettant ainsi de renforcer à la source la connaissance sur l'ONU et d'appuyer l'Organisation mondiale dans sa tâche. Il y a actuellement près de 1600 ONG provenant de toutes les régions du monde qui sont associées au DPI (département de l'information de l'ONU). Référence :

DPI, ONG, En ligne : <http://www.un.org/french/geninfo/ngo/aboutus.htm>. Aussi: *Le comité chargé des organisations non gouvernementales recommande l'octroi d'un statut consultatif auprès de l'ECOSOC à treize ONG*, Doc.Off. CES NU, 15^e et 16^e séance, Doc.NU ECOCOC/6198 ONG/593 (2006). Aussi voir résolution de Doc.Off. AG NU Rés. A/53/170, 10 juillet 1998.

¹³³ Les organisations internationales ont une personnalité juridique internationale propre car leur acte constitutif découle d'un traité signé ou adopté entre les États. Voir l'article 5 de la Convention de Vienne, *Convention de Vienne sur le droit des Traités*, 22 mai 1969, 1155 R.T.N.U 354. R.T. Can. N°37 (entrée en vigueur 27 janvier 1980).

¹³⁴ Comtois Diné, *supra* note 121 à la p. 3.

¹³⁵ Georges Scelle, *Droit international public: Manuel Élémentaire*. Paris, Domat-Montchrestien, 1948, à la p.21

ceux-ci leur donnent comme mission de promouvoir»¹³⁶. Ainsi, leur logique fonctionnelle serait possiblement guidée par le champ spécifique d'action de l'organisation internationale qui la circonscrit et constitue à la fois son élément fondateur. L'OMC est à cet égard une organisation puissante avec un champ d'application et une logique fonctionnelle, qui comme nous l'avons démontré au chapitre deux, influence considérablement le développement des normes PMP.

Les firmes multinationales (FMN), qui sont responsables des trois-quarts du commerce international¹³⁷, jouent un rôle important du point de vue du rapport entre commerce et environnement, et particulièrement en ce qui a trait aux PMP. Ce sont généralement elles qui gèrent et dirigent le processus de production d'un produit et sont par conséquent responsables du choix des PMP associés. Au regard du droit international, elles sont soumises à la réglementation de l'État d'où elles opèrent leurs activités¹³⁸ et se doivent ainsi de se conformer aux normes environnementales internes, qui varient selon les États. Au niveau international, la responsabilité environnementale des entreprises se fait de façon volontaire et se manifeste par l'adoption de système de gestion environnementale telle que proposée dans la série de normes ISO 14000¹³⁹. Dernièrement et pour la première fois, un instrument multilatéral relatif à la responsabilité des entreprises a été approuvé par l'OCDE et

¹³⁶ Commission du droit international, *Rapport de la commission du droit international de la 55^e session*, Doc. Off. AG NU, 58^e sess. Supp. N°10 Doc.NU A/58/10 (2003) 29.

¹³⁷ Snape et Lelkovitz, *supra* note 37 à la p. 782.

¹³⁸ Compte tenu que les entreprises multinationales ne constituent pas des sujets de droit international public, elles sont donc assujetties au droit national où siège leurs activités, tel que confirmé au principe 1 de : OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* ISBN 978-92-64-05598-8 n°89094 (2000), à la p.5

¹³⁹ J. Thomas Schoenbaum, «International Trade and the Protection of the Environment: the Continuing Search for Reconciliation» (1997) 91 Am. J. Intl. L. 268, à la p.293, voir aussi Utting, *supra* note 131 ainsi que le site de l'Organisation internationale de normalisation (ISO) : <http://www.iso.org> qui explique les lignes directrices de la série de norme ISO 14001, celles-ci se résument en trois points : 1) d'identifier et de maîtriser l'impact environnemental de ses activités, produits ou services, et 2) d'améliorer en permanence sa performance environnementale, et 3) de mettre en œuvre une approche systématique pour définir des objectifs et cibles environnementaux, les atteindre et démontrer qu'ils ont été atteints.

couvre un éventail de domaines, y incluant l'environnement¹⁴⁰. Ces principes directeurs constituent des recommandations que les gouvernements adhérents soumettent à leurs entreprises multinationales¹⁴¹. Parmi les recommandations environnementales, le point six encourage implicitement les entreprises à développer des PMP.

6. Les entreprises devraient s'efforcer constamment d'améliorer leurs performances environnementales, en encourageant, le cas échéant, des activités telles que :
 - a) L'adoption, dans toutes les composantes de l'entreprise, de technologies et de procédures d'exploitation qui reflètent les normes de performance environnementale de la composante la plus performante de l'entreprise.
 - b) La mise au point et la fourniture de produits ou de services qui n'ont pas d'incidences indues sur l'environnement, dont l'utilisation aux fins prévues est sans danger, qui sont économes en énergie et en ressources naturelles, et qui peuvent être réutilisés, recyclés ou éliminés en toute sécurité.
 - c) La sensibilisation de leurs clients aux conséquences environnementales de l'utilisation des produits et services de l'entreprise.
 - d) La recherche sur les moyens d'améliorer à long terme les performances environnementales de l'entreprise.

Évidemment, plus il y a d'acteurs internationaux qui agissent simultanément sur le commerce et l'environnement, plus il devient complexe de trouver une solution au conflit. Les processus de négociation et de normalisation se corsent car chaque acteur contribue et influence, à plus ou moins grande échelle, l'évolution du droit international. Ainsi, l'application des mesures PMP devrait être envisagée en tenant compte de la participation des différents acteurs. D'ailleurs, l'objectif du programme *d'Action 21* adopté par 173 États lors de la CNUED vise l'élaboration d'un

¹⁴⁰ Principes directeurs de l'OCDE *supra* note 138 spécifiquement la partie section V qui concerne l'environnement.

¹⁴¹ *Ibid* (principes directeurs) préface. Les pays adhérents (juin 2000) sont l'ensemble des Membres de l'OCDE ainsi que le Brésil, l'Argentine, le Chili et la République Slovaque. (p.7)

partenariat mondial entre tous les acteurs, entre autres en ce qui a trait à la modification des modes de production et de consommation, soit aux PMP¹⁴².

Troisièmement, le développement de régimes de droit spécial, aussi appelés *régimes autonomes*, est un autre facteur caractérisant la fragmentation du droit international. Cet élément se définit par une sectorisation marquée du droit international en plusieurs branches de droit. Ces domaines spéciaux de droit se développent de manière à former des sous-systèmes autonomes, avec leurs propres principes, institutions et téléologie¹⁴³. Parmi ces branches de droit spécial, on retrouve notamment le droit diplomatique, le droit international des droits de la personne, le droit humanitaire, le droit international de l'environnement et le droit international du commerce de l'OMC.

On applique généralement aux droits spéciaux la règle de *lex specialis*¹⁴⁴ qui représente : «une méthode d'interprétation et de résolution des conflits en droit international. Elle signifie que, chaque fois que deux normes ou plus traitent de la même matière, priorité devrait être donnée à la norme la plus spécifique»¹⁴⁵. S'en suivent plusieurs interrogations, d'abord sur la hiérarchie des normes¹⁴⁶ (normes de droit spécial versus normes de droit général) et ensuite sur la hiérarchie des régimes (droit de l'environnement versus droit commercial). Autrement dit, on se pose la

¹⁴² Action 21, Doc.off. CNUED, 1992, A/CONF.151/26/Rev.1, voir son chapitre IV intitulé «modification des modes de consommation».

¹⁴³ Commission du droit international, *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Doc.Off. AG NU, 58^e sess. Doc.NU A/61/10 (2006) point 11

¹⁴⁴ Expression écourtée, tirée de la maxime *lex specialis derogat legi generali*.

¹⁴⁵ CDI, *supra* note 143 point 5.

¹⁴⁶ Le questionnement s'intéresse à la primauté de certaines normes de droit international général sur toutes autres normes de droit spécial. Ces normes sont considérées comme étant impératives, telles que les normes du *jus cogens*, les obligations *erga omnes* et l'article 103 de la *Charte des Nations Unies* qui donnent priorité aux obligations de la Charte en cas de conflit entre celles-ci et les normes de tout autre accord. Référence : Commission du droit international, *Rapport du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Doc.off.AG NU, 55^e sess. Doc.NU A/CN.4/L.644 (2003), p.7

question à savoir quelle relation il doit y avoir entre les normes entre elles (spéciales vs générales) ainsi qu'entre les différents régimes entre eux, et quel est leur rôle en rapport avec le droit international général.

Il existe des craintes que les organes judiciaires des régimes autonomes esquivent leurs obligations de droit international *général*, en prétextant leur droit spécial. Ce fut le cas dans *l'affaire CE-Hormones*¹⁴⁷, où l'Organe d'appel de l'OMC a refusé de reconnaître le principe de précaution comme étant un principe de droit international, même si celui-ci est reconnu comme étant un principe coutumier de droit international de l'environnement et que plusieurs le perçoivent aussi comme un principe coutumier en droit international¹⁴⁸. Ce faisant, le principe de précaution ne contraint pas l'OMC sous prétexte qu'il ne constitue pas un principe en droit international général¹⁴⁹. Voilà une manifestation que les normes de droit international peuvent être interprétées différemment en fonction de leur spécialité respective. Au fur et à mesure que se multiplient les normes issues de chaque régime et que se multiplient aussi les organes de décision judiciaire, la probabilité que les normes entrent en conflit les unes envers les autres devient plus grande, ce qui accentue le manque de cohérence entre les différents régimes.

¹⁴⁷ *Communautés européennes- Mesures communautaires concernant les viandes et produits carnés (Hormones)* (Plaintes des Etats-Unis et du Canada) (1997), OMC Doc. WT/DS26/AB/R et WT/DS48/AB/R (Rapports de l'Organe d'appel) et (1998) OMC.Doc. WT/DS48/AB/R. (Rapport de l'Organe d'appel) En réaction à une directive établie par le Conseil de la Communauté européenne qui interdisait l'importation de viandes traitées avec l'une ou l'autre des six hormones anabolisantes pré identifiées. La Communauté européenne justifie ses mesures par le principe de précaution. Les Etats-Unis et le Canada affirment quant à eux que les mesures européennes violent les articles III et XI du *GATT*, 2-3 et 5 de l'*Accord SPS*, 2 de l'*Accord OTC* et 4 de l'*Accord sur l'agriculture*. Le panel conclut que les directives européennes contreviennent aux articles 3.3 et 5.1 de l'*Accord SPS* et impose une réparation des torts causés estimée à 116,8 millions \$ us et 11,3 millions \$ can.

¹⁴⁸ Tel que les Communautés européennes et le Canada, *C-E-Hormones, Ibid*, au para 60. Il faut toutefois mentionner que le statut du principe de précaution reste indéterminé puisque la CIJ n'a pas voulu se prononcer dans *l'Affaire relative au projet Gabčíkovo Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997 [1997] C.I.J. rec. 7.

¹⁴⁹ *Ibid*, au §43, aussi Koskenniemi et Leino, *supra* note 121 à la p.572.

En effet, les contradictions les plus apparentes surgissent entre le droit du commerce et le droit de l'environnement. Le débat entourant les PMP met par ailleurs en lumière l'incompatibilité de ces deux domaines. Les PMP concernent deux droits spéciaux et ils soulèvent un questionnement, de savoir si l'un a préséance sur l'autre lorsqu'il y a un conflit entre les deux. Une éventuelle réglementation des PMP pose la question du choix du régime d'encadrement. Devant la complexité du questionnement, on a tendance à concevoir les différents ordres juridiques comme des sous-systèmes autonomes prétendant fonctionner en vase clos (*self-contained régimes*)¹⁵⁰. D'autant plus qu'en droit international actuel, il n'existe pas de structure globale permettant une interrelation cohérente entre les régimes¹⁵¹, ni d'instance supérieure pouvant trancher lors des conflits. Cette situation fait en sorte que le débat entourant les PMP demeure encore irrésolu, ce qui nuit à la congruence et l'effectivité du droit international de l'environnement.

Quatrièmement, le dernier élément caractérisant la fragmentation du droit international fait référence à la diversification des sources du droit. Au siècle dernier, le droit international a connu une production normative croissante, élaborée par différents acteurs et caractérisée par différents instruments. Effectivement, «le droit international classique oppose les normes juridiquement obligatoires aux règles de conduite ou de comportement qui peuvent être souhaitables, mais dépourvues par elles-mêmes d'autorité juridique»¹⁵² (*soft law*). Par ailleurs, la *soft law* ne fait pas partie des sources formelles de droit énumérées à l'article 38 du *Statut de la CIJ*¹⁵³ et est définie comme un droit en devenir. Elle est toutefois reconnue comme « an important innovation in international law-making that describes a flexible process for

¹⁵⁰ Dupuy, *supra* note 121 à la p.3

¹⁵¹ *Ibid* à la p.5

¹⁵² Comtois Dinel, *supra* note 121 à la p. 5.

¹⁵³ L'article 38 du *Statut de la CIJ* énumère les sources formelles du droit international : la coutume, les traités, les principes généraux de droit ainsi que la doctrine et la jurisprudence.

States to develop and test new legal norms before they become binding upon the international community»¹⁵⁴.

Outre le fait qu'elle puisse servir d'étape utile à la cristallisation des normes de droit, cette forme de norme plus souple peut cependant engendrer des différences d'interprétation et d'application¹⁵⁵. Or, étant donné que la *soft law* est massivement utilisée, particulièrement en droit international de l'environnement¹⁵⁶, l'effectivité de celui-ci s'en trouve souvent questionnée.

Le traité est la méthode de création du droit international la plus employée et la plus facilement identifiable¹⁵⁷. Il est l'expression manifeste d'un accord entre États et est générateur de normes. Une multitude de traités internationaux existent et le poids juridique des différentes formes de traités est variable. Un traité bilatéral portant sur une question spécifique, parfois géographique (telle que le partage d'un cours d'eau entre deux États) a-t-il la même valeur qu'un traité multilatéral traitant d'une question générale et universelle (telle que la dégradation de la couche d'ozone)? Dans la même veine, on questionne la valeur accordée à un traité multilatéral commercial par rapport au traité multilatéral environnemental. Qu'en est-il des traités-contrats versus des traités-lois, des traités composés de réserves versus ceux qui les interdisent, ou alors des traités émanant des organisations internationales versus des traités entre États?

Il en va de même dans la détermination de la coutume ou des principes généraux de droit. Les critères préalables d'évaluation d'une coutume sont la présence de l'élément matériel (pratique générale et répétée) et l'élément psychologique (acceptée comme étant du droit ou *opinio juris*) et ceux-ci peuvent laisser place à différentes

¹⁵⁴ Hunter, Salzman et Zaelke, *supra* note 129 à la p.349.

¹⁵⁵ Comtois Dinel, *supra* note 121 à la p. 5.

¹⁵⁶ Hunter Salzman et Zaelke, *supra* note 129 à la p.350.

¹⁵⁷ *Ibid* à la p.291.

interprétations en fonction notamment de la conception de la durée d'une pratique. Les principes généraux doivent quant à eux être reconnus par tous, sinon la plupart des ordres juridiques internes, ou encore «*reconnus in foro domestico*»¹⁵⁸. Comme il existe plusieurs variétés d'ordre juridique interne, et que, spécialement en matière d'environnement, l'application des règles n'est pas uniformisée, il devient difficile de reconnaître les principes généraux de droit environnemental. De plus, on se demande combien il faut d'États pour que les principes généraux représentent *la plupart* des ordres juridiques. Ainsi, l'identification et la détermination d'une coutume et/ou d'un principe général de droit peut parfois constituer une tâche épineuse et laisser place à différentes interprétations de la part des juristes.

Théoriquement, nous savons qu'il n'y a pas de hiérarchie des sources du droit, mais il en est souvent interprété autrement dans la pratique¹⁵⁹. D'autre part, la diversification des sources et le fait qu'elles puissent susciter différentes interprétations ajoutent à la complexité du droit international¹⁶⁰ et posent certains défis. Au sujet des tensions entre commerce et environnement et plus particulièrement en ce qui a trait aux PMP, on s'interroge sur leur processus normatif et sur les sources appropriées s'y rattachant.

Finalement, le contexte de fragmentation du droit international pose un défi colossal au processus général de formation d'une norme environnementale et particulièrement en ce qui concerne une norme fondée sur les PMP, entre autres dû au fait que les PMP touchent simultanément deux régimes de droit spécial et sollicitent

¹⁵⁸ André Oraison, «La Cour Internationale de Justice, l'article 38 de son Statut et les Principes Généraux» (2002) 2 R.R.J. 987 à la p.1000.

¹⁵⁹ G.I. Tunkin, *Droit International Public : Problèmes théoriques*, Paris, Éditions A.Pédone, 1965, à la p.67.

¹⁶⁰ Pour une étude plus substantielle de la question des sources de droit international, voir : Arbour, *supra* note 117 ; Dominique Carreau, *Droit international*, 5^e éd., Paris, Éditions A. Pedone, 1997 ; Tunkin, *supra* note 159 ; Oraison, *supra* note 158 ; Hersch Lauterpacht, *Règles générales du droit de la paix*, Recueil des cours, tome 62, 1937 ; Goerges Scelle, *Précis de droit des gens*, Paris, Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1984.

la participation de différents acteurs et institutions. De plus, la diversification et l'expansion normative du droit international complexifient considérablement le processus normatif entourant l'utilisation commerciale des PMP.

Dans le cas des PMP, le caractère fragmentaire du droit international soulève trois dimensions au conflit existant entre le commerce et l'environnement. D'abord, il peut y avoir un conflit d'interprétation des obligations du droit international général entre les différents organes judiciaires (ORD et CIJ ou comité des AEM). Ensuite, un conflit peut surgir entre les dispositions des deux domaines de droit spécialisés (OMC vs AEM). Enfin, il peut y avoir un conflit lorsqu'un organe spécial, tel l'ORD, s'écarte du droit général en prétextant son droit spécial (cas *CE-hormones*)¹⁶¹.

Ainsi, sur le plan du droit international, en plus d'être confrontés à une logique contradictoire, une dynamique Nord-Sud et aux règles de l'OMC, l'élaboration et le processus de formation des normes environnementales, telle une norme PMP, doivent aussi faire face aux difficultés associées au contexte de fragmentation du droit international. Le droit international de l'environnement est donc contraint de se former en composant avec ces nombreux obstacles. Par conséquent, tel que le démontre le PNUE dans son rapport¹⁶², il subsiste plusieurs faiblesses et problèmes au niveau de la gouvernance environnementale mondiale.

¹⁶¹ CDI, *supra* note 146 p.4 et 5.

¹⁶² PNUE, Rapport du directeur exécutif sur la réunion du groupe intergouvernemental, *Gouvernance internationale en matière d'environnement*, Doc.o/I.N.U, UNEP/IGM/1/2 (2001)

CONCLUSION

Les PMP se situent au confluent de deux branches de droit international aux logiques contradictoires. En effet, le droit commercial et le droit environnemental ne conçoivent pas les PMP de la même façon et chacun des domaines est guidé par sa propre logique, sa normativité et ses principes. Les tensions entre les deux régimes de droit hypothèquent l'effectivité du droit international de l'environnement et amputent son durcissement, entre autres parce que l'application des PMP en droit international confronterait plusieurs règles commerciales et principes néolibéraux. Ainsi, les PMP apparaissent au centre du débat comme étant un des éléments dénonçant l'incompatibilité des deux régimes. Cette incompatibilité s'explique par ailleurs en partie par la dialectique Nord-Sud.

Cette réalité influence grandement l'évolution du système de protection de l'environnement et démontre les faiblesses de l'architecture mondiale. Ces différents paramètres influencent et façonnent le droit international de l'environnement de telle sorte que son évolution ne favorise pas le développement des normes PMP.

Enfin, on considère l'enjeu des PMP comme un symptôme des dysfonctionnements de la gouvernance environnementale mondiale¹⁶³. Ainsi, le conflit entre protection de l'environnement et liberté du commerce est un signal que la coopération environnementale est inadéquate¹⁶⁴ et témoigne des lacunes du système de gouvernance internationale. Lacunes qui sont par ailleurs soulevées dans la problématique de la fragmentation du droit international. Face à ce contexte, certains affirment que «le droit international est condamné à louvoyer continuellement entre

¹⁶³ Charnovitz, *supra* note 104 à la p. 70.

¹⁶⁴ *Ibid.*, à la p. 108.

apologie et utopie, en s'efforçant à la fois de respecter la souveraineté des États et d'affirmer sa propre normativité»¹⁶⁵.

Répondre à la crise écologique nécessiterait idéalement une décroissance de la consommation mondiale, ce qui bouleverserait le paradigme néolibéral existant¹⁶⁶. Un changement de paradigme engagerait certainement des transformations importantes au niveau de la structure de gouvernance mondiale. Bien que nous croyions qu'une telle transformation soit inévitable et favorable à la protection environnementale, elle semble pour l'instant relever de l'utopie. En attendant, on se doit donc de composer avec le système en place.

Dans ce contexte, «l'enjeu est de savoir comment réinventer les politiques environnementales dans le cadre d'une économie mondiale toujours plus intégrée pour pouvoir continuer à vivre à l'intérieur de limites écologiques»¹⁶⁷. L'intégration des mesures PMP en droit international est peut-être une option intéressante afin d'atteindre ces buts. Cependant, et comme nous venons de le démontrer au premier chapitre, plusieurs défis s'opposent à leur application en droit international et nous laissent croire qu'il semble pratiquement impossible, juridiquement et techniquement de les mettre en application¹⁶⁸. C'est par ailleurs ce que nous proposons d'analyser dans les deux prochains chapitres.

¹⁶⁵ Voir Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989, aussi Pallemmaerts, *supra* note 119, p.66

¹⁶⁶ Latouche, *supra* note 32, voir aussi Sandra Moatti, «Le néolibéralisme n'a plus d'avenir», (2005)

241 Alternatives économiques 54

¹⁶⁷ Danian et Graz, *supra* note 56 à la p.667, voir aussi Nordström et Vaughan, *supra* note 4.

¹⁶⁸ IISD Potts, *supra* note 29 à la p.4.

CHAPITRE II

LA NATURE JURIDIQUE DES PMP

Le premier chapitre brosse un portrait général du débat entre le commerce et l'environnement et cible les enjeux principaux de la controverse entourant les PMP. En prenant connaissance de ces enjeux et de la complexité du débat, il semble presque impossible d'appliquer des mesures PMP au niveau des échanges internationaux. Afin de savoir si tel est le cas, il est avant tout essentiel de cerner le statut juridique des PMP en droit international. Pour ce faire, nous posons une question : dans quelles circonstances, l'usage des mesures PMP est-il justifié ?

Ce deuxième chapitre s'intéresse donc à la nature juridique des PMP en regard du droit international économique, d'une part, et à l'instar du droit international de l'environnement, d'autre part. Nous mettons aussi l'emphasis sur les questionnements et les défis juridiques qu'ils suscitent. Ainsi, la première partie examine le corpus de droit international commercial et fait ressortir, à l'aide de la jurisprudence, les conditions d'application et les prescriptions juridiques des PMP. La deuxième partie, quant à elle, se penche sur la position des PMP en droit international de l'environnement. Pour ce faire, on s'intéresse à la source principale de ce dernier, soit les AEM, et particulièrement à trois d'entre eux puisqu'ils appliquent des dispositions commerciales, parfois fondées sur des PMP, qui agissent à différents degrés sur le commerce. L'action de ce type d'AEM sur le commerce fait par ailleurs l'objet de la troisième partie qui étudie la nature de l'interrelation subsistant entre ce type d'AEM et les accords de l'OMC.

2.1 LES MESURES PMP SONT-ELLES ACCEPTABLES AU SEIN DE L'OMC ?

Nous savons maintenant, qu'en droit international de l'environnement, le développement des mesures commerciales fondées sur les PMP constitue une façon efficace d'atteindre les objectifs de développement durable¹⁶⁹. Pour savoir si l'application de telles mesures PMP est conforme avec les règles de l'OMC, il faut se poser la question suivante : les produits issus des PMP peuvent-ils être soumis à un traitement différent sur la base de la manière dont ils ont été conçus ? Or, pour pouvoir appliquer des mesures PMP au niveau des échanges internationaux, il faudrait cependant permettre de discriminer les produits issus de PMP des produits non écologiques. Pourtant, il est difficile d'étendre l'utilisation des mesures PMP aux échanges commerciaux étant donné que le cadre commercial fonctionne selon la logique de libre-échange fondée sur le principe de non-discrimination.

Effectivement, le principe de non-discrimination, principe maître du droit international commercial, forme par ailleurs le fil conducteur de tout le corpus d'accord de l'OMC¹⁷⁰. Il est régi par deux principales dispositions fondamentales du *GATT* : l'article I de la clause de la nation la plus favorisée (CNPF) et l'article III du traitement national.

L'article I : Tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, **étendus à tout produit similaire** originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes. Cette disposition concerne les droits de douane et les impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'exportation ou à l'occasion de l'importation ou de l'exportation, ainsi que ceux qui frappent les transferts internationaux de fonds effectués en règlement des importations ou des exportations, le mode de perception de ces droits et impositions,

¹⁶⁹ Potts, IISD, *supra* note 29 à la p.29.

¹⁷⁰ OMC, *Les principes qui inspirent le système commercial*, en ligne : OMC http://www.wto.org/french/thewto/t/whatis/t/tif/t/tact2_f.htm.

l'ensemble de la réglementation et des formalités afférentes aux importations ou aux exportations ainsi que toutes les questions qui font l'objet des paragraphes 2 et 4 de l'article III.¹⁷¹ [...]

L'article III :

1. Les parties contractantes reconnaissent que les taxes et autres impositions intérieures, ainsi que les lois, règlements et prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution ou l'utilisation de produits sur le marché intérieur et les réglementations quantitatives intérieures prescrivant le mélange, la transformation ou l'utilisation en quantités ou en proportions déterminées de certains produits ne devront pas être appliqués aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale.

2. Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent, directement ou indirectement, les **produits nationaux similaires**. En outre, aucune partie contractante n'appliquera, d'autre façon, de taxes ou autres impositions intérieures aux produits importés ou nationaux d'une manière contraire aux principes énoncés au paragraphe premier. (Nous surlignons)

3. En ce qui concerne toute taxe intérieure existante, incompatible avec les dispositions du paragraphe 2, mais expressément autorisée par un accord commercial qui était en vigueur au 10 avril 1947 et qui consolidait le droit d'entrée sur le produit imposé, il sera loisible à la partie contractante qui applique la taxe de différer à l'égard de cette taxe l'application des dispositions du paragraphe 2 jusqu'à ce qu'elle ait pu obtenir d'être dispensée des obligations contractées aux termes de cet accord et recouvrer ainsi la faculté de relever ce droit dans la mesure nécessaire pour compenser la suppression de la protection assurée par la taxe.

4. Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante **ne seront pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires d'origine nationale** en ce qui concerne toutes lois, tous règlements ou toutes prescriptions affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur. Les dispositions du présent paragraphe n'interdiront pas l'application de tarifs

¹⁷¹ GATT, *supra* note 20 à l'article I

différents pour les transports intérieurs, fondés exclusivement sur l'utilisation économique des moyens de transport et non sur l'origine du produit. (Nous surlignons) [...] ¹⁷².

Ainsi, ces deux articles interdisent «aux États Membres d'établir une discrimination entre produits similaires, si différentes que soient leurs conséquences sur l'environnement» ¹⁷³. Autrement dit, il est interdit aux États d'octroyer ou d'imposer un traitement différencié sur des produits similaires sous prétexte qu'ils visent la protection de l'environnement. Étant donné que l'application de mesures PMP dans les échanges vise principalement à discriminer un produit par rapport à un autre en fonction de son empreinte écologique, cela peut sembler à prime abord contraire au principe de non-discrimination des dispositions I et III. Le critère de similitude du produit devient alors un paramètre considérable afin d'évaluer si les mesures PMP constituent ou non une discrimination en regard des articles I et III, puisque la notion de "produit similaire" y revêt une importance particulière.

C'est d'ailleurs ce qui a été confirmé dans l'affaire *Etats-Unis-thon I et II* (1991 - 1994) ¹⁷⁴, premier litige ayant trait aux PMP à avoir été soumis à la procédure de règlement des différends du *GATT*, où le panel a effectivement interprété la notion de "produit similaire" en fonction des PMP d'un produit. Ces affaires (encadré 2.1) forcèrent par conséquent le panel du *GATT* à devoir se pencher sur la question des PMP et de leur applicabilité en regard des dispositions commerciales.

¹⁷² *GATT*, *supra* note 20 article III ¶ 1 à 4.

¹⁷³ Handbook IISD, *supra* note 26 à la p. 49.

¹⁷⁴ *Etats-Unis-Thon I-II*, *supra* note 33

Encadré 2.1 : contexte de l'affaire *Etats-Unis-Thon*

L'affaire *Etats-Unis-Thon I* oppose le Mexique aux États-Unis et concerne deux PMP différents, soient deux méthodes de pêche au thon à nageoire jaune des eaux du Pacifique sud-est. Le thon mexicain était pêché avec des méthodes traditionnelles ne pouvant éviter la capture des dauphins¹⁷⁵, tandis que le thon des États-Unis était pêché avec des méthodes de pêches alternatives limitant la prise simultanée de dauphins.

Le congrès des États-Unis avait rendu l'usage de sanctions commerciales possible en vertu de leur loi nationale (*Marine Mammal Protection Act de 1972*, (amendements de 1984 et 1988) MMPA¹⁷⁶) visant la protection des mammifères marins du Pacifique sud-est. Cette loi imposait une limite aux prises involontaires de dauphins et sanctionne le boycott à l'importation de thon des pays qui excèdent le quota (20 500 dauphins). En foi de quoi, les États-Unis avaient émis un embargo sur le thon provenant du Mexique et d'autres nations¹⁷⁷ sous prétexte qu'il ne respectait pas les dispositions de leur loi MMPA. Cette mesure commerciale, fondée sur les PMP, demeurerait active jusqu'à ce que les pays visés adoptent un système de pêche respectueux des dauphins, avec un rendement comparable au système états-unien.

¹⁷⁵ Dans les eaux du Pacifique sud, les dauphins nagent généralement au dessus des bancs de thon et les pêcheurs commerciaux repèrent les dauphins afin de situer leurs proies en dessous. Ils encerclent les dauphins à l'aide de filets à sennes coulissantes et cette stratégie de pêche provoque la mort de plusieurs dauphins. Le service national de pêche maritime des Etats-Unis estime que plus de six millions de dauphins ont été tués par les filets à sennes coulissantes de différents pays dans les eaux du Pacifique sud-est depuis 1959. Référence : Hunter Salzman et Zaelke, *supra* note 129 à la p.995.

¹⁷⁶ *Marine mammal protection Act*, Pub L. No 92-522,(1972) (codifié tel que modifié) Pub.L.No 98-364, 98 Stat. 440, 16 U.S.C. §1371(a)(2) (1988).

«Cette loi vise à réduire le nombre de dauphins qui peuvent être tués ou blessés durant la pêche commerciale. Suivant cette loi, le nombre maximal de dauphins pouvant être tués ou blessés accidentellement chaque année par la flotte des Etats-Unis active dans l'océan Pacifique sud est de 20 500, dont 250 tachetés et 2750 à long bec. La loi s'applique à toutes les personnes relevant de la compétence des Etats-Unis sur la haute mer, la zone économique et la mer territoriale ; elle renferme des dispositions très précises sur l'utilisation de la senne coulissante. Elle autorise le Secrétaire au Trésor à interdire l'importation de poisson commercial ou de produits à base de poissons pris grâce à des techniques qui ont pour effet de tuer ou blesser un nombre de mammifères marins supérieur à celui fixé par la loi américaine». (Arbour Lavallée, *supra* note 8 à la p.653.)

¹⁷⁷ L'embargo principal a aussi touché le Vanuatu, l'équateur, le Panama et le Venezuela. Vingt pays tiers, ont aussi été indirectement affectés par l'embargo : Costa Rica, Japon, France, Italie, Japon, Canada, Panama, Colombie, Équateur, Indonésie, Corée, Malaisie, Iles Marshall, Antilles néerlandaises, Singapour, Espagne, Taiwan, Thaïlande, Trinidad et Tobago et le Royaume-Uni.

Une deuxième plainte fut soumise ultérieurement au Groupe spécial concernant ce même embargo états-unien, par la Communauté européenne¹⁷⁸ et les Pays-Bas (*Etats-Unis-Thon II* 1994). Ces derniers dénoncent le fait que le Mexique, apparemment pour des raisons politiques, n'ait pas insisté pour que le rapport du panel de l'affaire *Etats-Unis-Thon I* soit adopté¹⁷⁹. Notons toutefois que le panel de l'affaire *Etats-Unis-Thon II* repris essentiellement les mêmes conclusions que l'affaire *Etats-Unis-Thon I*, il ajouta simplement une dimension supplémentaire à l'analyse de l'article XX.

2.1.1 LES PMP ET LA NOTION DE PRODUIT SIMILAIRE

Dans l'affaire *Etats-Unis-Thon I*, le Mexique prétend que l'embargo états-unien constitue une mesure commerciale contraire à l'article III, XI et XIII¹⁸⁰ du *GATT*. Son argument de base est que l'embargo correspond d'abord à l'imposition d'une restriction quantitative sur l'importation et aussi, une discrimination entre produit national et produit étranger. De plus, le Mexique stipule que les deux thons représentent des "produits similaires" et que les discriminations sont de ce fait interdites selon les termes de l'article III¹⁸¹. Selon lui, une mesure régulant un produit ne peut discriminer un produit domestique d'un produit étranger sur la base de ses PMP¹⁸².

Afin d'élaborer son jugement, le Groupe spécial du *GATT* débute sa réflexion en déterminant si les deux thons sont des "produits similaires". Ici, il interprète les PMP

¹⁷⁸ Il est à noter que lors du dépôt de la plainte, c'était la communauté économique européenne (CEE) qui servait d'entité internationale et de marché commun. Elle sera remplacée le premier novembre 1993, à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, par l'Union européenne.

¹⁷⁹ Torsten H. Strom, « Another Kick at the Can: Tuna/Dolphin II » (1995) 33 Can. Y. B. Int'l. L. 149, à la p. 161. On fait allusion ici au fait que le Mexique était au même moment en négociations avec les Etats-Unis au terme de l'Accord de libre-échange nord américain (ALENA) et en ce sens la communauté européenne croit qu'il aurait eu peur d'annuler les chances de conclure une entente advenant l'adoption du rapport. Il faut noter aussi que l'adoption des rapports du panel (ancien mécanisme de règlement des différends sous le *GATT*) se faisait par consensus. C'est d'ailleurs en raison de l'absence d'un consensus que le rapport du panel n'a jamais été adopté concernant les affaires *Etats-Unis-Thon*.

¹⁸⁰ Application non discriminatoire des restrictions quantitatives XIII.1 : Aucune prohibition ou restriction ne sera appliquée par une partie contractante à l'importation d'un produit originaire du territoire d'une autre partie contractante [...]

¹⁸¹ *Thon I*, supra note 33 au para 3.16

¹⁸² *Ibid*, au para 3.17.

en se référant à la notion de "produit similaire" de l'article III. Il propose une classification des PMP en fonction de leur influence sur les caractéristiques du produit final et de la manière dont ils agissent sur ce dernier. Dans ce cas-ci, bien que les deux thons soient pêchés en utilisant des PMP différents (méthodes de pêche), ces derniers n'affectent pas les conditions de leur manutention ni les caractéristiques physiques du produit final¹⁸³. C'est pour ces raisons que les deux thons sont considérés par le tribunal d'arbitrage comme étant des "produits similaires". De ce fait, la mesure des États-Unis, employée envers les produits étrangers, constitue une mesure restrictive non conforme au cadre commercial international, puisque l'article III ne permet pas de traiter deux "produits similaires" différemment. Par conséquent, le Groupe spécial conclut que les États-Unis, en accordant un traitement moins favorable au thon mexicain sur la base des PMP, violent les articles III, XI et XIII du *GATT*¹⁸⁴.

Le panel de l'affaire *Etats-Unis-Thon* innove à ce moment-là en offrant pour la première fois une lecture plus substantielle de la notion de "produit similaire". Cette lecture continua d'évoluer au fil du temps, à travers plusieurs affaires concernant l'interprétation de la notion de "produit similaire"¹⁸⁵. Bien qu'aucune définition précise ne soit encore universelle, ces affaires ont néanmoins établi certains critères permettant de circonscrire davantage le concept. Tel que l'organe d'appel de l'ORD le formule dans l'affaire *Amiante*, la signification et la détermination de "produit similaire" relèvent plutôt d'un traitement cas par cas et l'analyse de la similarité d'un produit est fondée sur quatre catégories de caractéristiques¹⁸⁶. Ces caractéristiques

¹⁸³ *Thon II*, *supra* note 33 para 5.14

¹⁸⁴ *Ibid*, paras 5.15, 5.18 et 5.19

¹⁸⁵ Aussi se référer à : *Japon-Taxes sur les boissons alcooliques- (Plaintes des Communautés européennes, du Canada et des États-Unis)* (1996), OMC Doc. WT/DS8-10-11/ (Rapports de l'Organe d'appel). *États-Unis, Normes concernant l'essence, nouvelles et anciennes formules (Plaintes du Brésil et Venezuela)* (1996), OMC Doc. WT/DS2/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel)

¹⁸⁶ *Communautés européennes- mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plaintes du Canada)* (2001), OMC Doc. DS135 (Rapport de l'organe d'appel), au para 102.

sont : i) les propriétés physiques des produits ; ii) la mesure dans laquelle les produits peuvent avoir les mêmes utilisations finales ou des utilisations finales semblables ; iii) la mesure dans laquelle les consommateurs perçoivent et considèrent les produits comme d'autres moyens de remplir des fonctions particulières pour satisfaire à un désir ou à une demande spécifique ; et iv) la classification internationale des produits à des fins tarifaires¹⁸⁷. Enfin, cette interprétation du critère de similarité du produit occasionne des effets déterminants par rapport à la définition des PMP.

Effectivement, suite à l'interprétation de la notion de "produit similaire" offert par le panel de l'affaire *Etats-Unis-Thon*, que ce soit dans la doctrine ou dans les textes et rapports de l'OMC, les PMP sont désormais classés selon deux catégories: les PMP *liés au produit* et les PMP *non liés au produit*¹⁸⁸. Cette terminologie distinctive se base sur la façon dont les PMP agissent sur les caractéristiques du produit fini et suit ainsi le même raisonnement que le panel de l'affaire *Etats-Unis-Thon*.

Les PMP «peuvent modifier les caractéristiques du produit de telle manière que celui-ci risque lui-même de polluer ou de dégrader l'environnement lorsqu'il est consommé ou utilisé (PMP *liés aux produits*), ou agir sur l'environnement au stade de la production (PMP *non liés aux produits*)»¹⁸⁹. Autrement dit, dépendamment de l'étape du cycle de vie auquel les PMP font référence, ils sont interprétés différemment.

La catégorie des PMP *non liés au produit* peut être associée à deux journaux, l'un fabriqué avec de la fibre vierge à 100%, et l'autre avec un pourcentage important de fibres recyclées. Bien que ces deux produits soient faits de manières différentes, avec divers matériaux et n'aient pas les mêmes répercussions environnementales, ils

¹⁸⁷ *Ibid*, au para 101.

¹⁸⁸ OCDE *supra* note 35.

¹⁸⁹ OCDE, *Les perspectives de l'environnement de l'OCDE* (2001), à la p.55.

sont néanmoins considérés de façon similaire par le droit commercial. Ces considérations sont basées sur la façon dont leurs PMP, bien que différents, agissent sur les caractéristiques du produit final. Les deux journaux auront le même aspect et seront manipulés, consommés et jetés de la même façon. Or, ce type de PMP, qui ne nécessite aucun traitement particulier du produit final, est attribuable aux PMP *non liés au produit*.

En ce qui concerne les PMP *liés au produit*, prenons par exemple deux pommes : l'une est produite biologiquement et l'autre grâce à l'utilisation de pesticides qui laisse des résidus sur le fruit. Dans ce cas, bien que nous ayons affaire à deux pommes d'apparence sensiblement similaires, les deux produits seront manutentionnés et utilisés distinctement. Certains consommateurs voudront sans doute peler la pomme qui a été traitée avec un produit chimique, et les autorités douanières analyseront les résidus de pesticides pour vérifier leur conformité avec la réglementation sanitaire. Quant à la pomme biologique, les autorités douanières lui feront peut-être subir un contrôle phytosanitaire plus rigoureux pour éviter qu'elle ne véhicule des parasites invasifs. Les PMP de ces pommes influent donc sur le produit final et sont donc considérés par le droit commercial comme appartenant à la catégorie des PMP *liés au produit*¹⁹⁰. Ce type de PMP concerne surtout les produits alimentaires et est généralement encadré par des mesures sanitaires afin d'assurer au consommateur un usage sécuritaire du produit.

La séparation des PMP en deux volets rend la compréhension du concept plus difficile, d'autant plus qu'aucun des deux termes n'est clairement défini en droit international général ni spécifiés dans les accords de l'OMC. Dans ce contexte, il devient laborieux de déterminer quelles sont la nature, la portée juridique et les

¹⁹⁰ Les deux exemples (journaux et pommes) permettant de distinguer les PMP liés au produit des PMP non-liés au produit sont tirés de l'encadré 5.1 du handbook de l'IISD, *supra* note 26 à la p.48-49.

critères de différenciation des PMP au niveau international¹⁹¹. Bref, l'interprétation de la notion de "produit similaire" effectuée par le panel de l'affaire *Etats-Unis-Thon* engendre plusieurs répercussions en ce qui a trait aux PMP.

D'abord, en suggérant une interprétation de la notion de "produit similaire" en fonction des PMP de chacun, le Groupe spécial démontre alors que le droit commercial ne traite pas les deux catégories de PMP de la même façon. Ensuite, cela démontre aussi que le *GATT* accorde une importance marquée aux caractéristiques physiques du produit, indiquant ainsi en contrepartie une faible prise en compte des PMP. Les conclusions du Groupe spécial dans l'affaire *Etats-Unis-Thon* mènent à déduire que toutes restrictions aux importations, basées sur les PMP, vont automatiquement violer les articles III et XI, sauf si celles-ci affectent les caractéristiques du produit final¹⁹².

Cela sous-entend donc que les PMP *non liés au produit* sont illégaux en regard de l'article III. Par ricochet, la détermination du type de PMP devient un enjeu important, car s'ils sont considérés comme étant *non liés au produit*, ils seront automatiquement perçus comme discriminatoires en regard de l'article III. En revanche, comme les possibilités que les PMP affectent les caractéristiques du produit final sont rares (PMP *liés au produit*), il devient difficile d'appliquer des mesures PMP¹⁹³ conformément au *GATT*. Par conséquent, l'interprétation de produit similaire est souvent remise en question.

One of the basic principles of the WTO is that member countries may not discriminate between "like products". This has hitherto normally been interpreted as preventing discrimination between goods on the basis of how they are produced...To allow discrimination on the basis of production and

¹⁹¹ Charnovitz, *supra* note 104 à la p.66.

¹⁹² John H. Knox, «The judicial resolution of conflicts between trade and the environment» (2004) 28 Harv.Envtl. L. Rev. 1-78. à la p.8

¹⁹³ Strom, *supra* note 179 à la p.165.

processing methods (PPMs), there would have to be a re-interpretation of the crucial term “like product”¹⁹⁴.

Finalement, le panel de l'affaire *Etats-Unis-Thon* rejette l'application des mesures PMP *non liés au produit* et c'est sur cette base qu'il déclare l'embargo états-unienne comme étant contraire à l'article III et XI et XIII. L'étape suivante de notre analyse consiste à évaluer si ces mesures PMP peuvent alors être acceptables en regard des exceptions prévues dans la clause dérogatoire (article XX), qui permettent exceptionnellement et conditionnellement de contourner certaines obligations du *GATT*.

2.1.2 LES EXCEPTIONS DE L'ARTICLE XX

Effectivement, étant donné que l'embargo des Etats-Unis fut déclaré contraire aux articles III, XI et XIII, les États-Unis apportèrent l'argument qu'il pouvait être justifié en regard de l'article XX alinéa (b) et/ou (g) et constituer ainsi une mesure permettant de déroger aux obligations du *GATT*¹⁹⁵. On se demande donc si les mesures visant la protection de l'environnement peuvent justifier une dérogation aux principes fondamentaux de l'OMC. Et dans l'affirmative, le produit étranger est-il soumis à un traitement moins favorable que le produit national¹⁹⁶ ?

Article XX (Exceptions générales) : Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures. (*chapeau*) (nous soulignons)

¹⁹⁴ IISD, Potts, *supra* note 29 à la p. 10. Extrait du Comité de la Communauté européenne, établi par la chambre des lords du Royaume Uni à la suite du sommet de Seattle en 1999.

¹⁹⁵ *Thon I*, *supra* note 33 para 5.22

¹⁹⁶ OMC, *Règles de l'OMC et politiques environnementales : les principales disciplines du GATT*, en ligne · OMC http://www.wto.org/french/tratop/t/cnvir/t/cnvir_rules_gatt_f.htm

b) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux ;

g) se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables, si de telles mesures sont appliquées conjointement avec des restrictions à la production ou à la consommation nationales ;¹⁹⁷

Afin d'examiner le point apporté par les États-Unis, à savoir si leur mesure PMP peut entrer dans le cadre des exceptions de l'article XX, le panel de l'affaire *Etats-Unis-Thon* construit son raisonnement en se basant sur deux critères d'évaluation, soit la portée et la nécessité de la mesure.

Premièrement, le panel étudie la dimension territoriale de la mesure et conclut que les alinéas (b) et (g) de l'article XX ne peuvent en aucun cas s'appliquer à des fins extra juridictionnelles, car si tel était le cas, cela justifierait l'imposition de mesures environnementales à d'autres parties¹⁹⁸. Ces deux alinéas visent les domaines de la protection environnementale et sont ainsi considérés par le panel comme étant du ressort des politiques internes de chaque État¹⁹⁹.

Selon cette interprétation, dès que des mesures restrictives engendrent des effets en dehors de la juridiction du pays importateur, elles ne pourront jamais être justifiables en regard de l'article XX et ce, même si elles sont fondées sur des PMP visant à protéger l'humain, les animaux, les végétaux ou les ressources naturelles²⁰⁰. Cette prudence est associée au fait qu'une attestation de l'extraterritorialité des mesures risquerait «qu'une ou plusieurs nations, aussi bien intentionnées soient-elles, n'utilisent leur puissance commerciale pour imposer à des États tiers leurs normes environnementales sans que ceux-ci aient pu participer à l'élaboration de ces règles.

¹⁹⁷ GATT, *supra* note 20 article XX ¶ b et g.

¹⁹⁸ *Thon I*, *supra* note 33 para 5.32

¹⁹⁹ *Ibid*

²⁰⁰ Knox, *supra* note 192 à la p.10.

Dans ce sens, l'unilatéralisme pourrait rimer avec une forme d'éco-impérialisme²⁰¹, et cela menacerait le cadre multilatéral commercial.

Cette interprétation étroite de l'article XX sous-entend que les mesures commerciales encadrées par certains AEM visant le contrôle de la pollution transfrontière seraient susceptibles, dans certains cas (voir section 2.3), d'entrer en conflit avec le cadre commercial. Parmi ces mesures commerciales issues d'AEM, nous trouvons par exemple les restrictions à l'importation de certaines espèces prévues par la CITES et les restrictions aux exportations des déchets dangereux visées par la *Convention de Bâle*²⁰². Nous retrouvons aussi des Accords bilatéraux ou régionaux spécifiques tel que celui élaboré en 1992 par la Commission interaméricaine du thon tropical (Inter-American Tropical Tuna Commission : IATTC²⁰³), qui engage ses Membres à agir dans le but de réduire le taux de mortalité des dauphins découlant de la pêche au thon à sennes coulissantes²⁰⁴. C'est par ailleurs dans la foulée de ces engagements que les États-Unis ont mis sur pied leur loi nationale *MMPA* et leur mesure PMP faisant l'objet de l'affaire *Etats-Unis-Thon*. Bref, ce cas de figure force le questionnement sur la nature des relations entre les engagements des AEM et les règles du *GATT*.

²⁰¹ Damien Geradin, «Libéralisation, dérégulation et politique environnementale: choes des valeurs ou complémentarité?» dans M.Pâques et Michaël Faure, dir., *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne: acteurs, valeurs et efficacité* Bruxelles: Bruylant, 2003, pp.195-209, à la p.206

²⁰² Knox, *supra* note 192 à la p. 13, aussi à la p.11. Voir la *CITES supra* note 111 et la *Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination*, 22 mars 1989, R.T.N.U. I-28911 (entrée en vigueur : 5 mai 1992).

²⁰³ Cette organisation internationale née à l'initiative des États-Unis et du Costa Rica et instituée par une convention internationale en 1950, est responsable de la supervision et de la conservation du thon et autre espèces pris lors de la pêche au thon dans la zone du pacifique tropical. Elle compte seize Membres et six États coopératifs mais non partis. Elle a aussi établi un accord multilatéral pour la préservation des dauphins, celui-ci a pris effet en janvier 1993 et a été remplacé et renforcé en 1999 par l'accord sur le programme international pour la préservation des dauphins. Source : *Thon II, supra* note 33 para 2.3 et 2.4, voir aussi le site de l'IATTC : www.iattec.org

²⁰⁴ *Ibid*

Cette question fût traitée par le Groupe spécial de l'affaire *Etats-Unis-Thon II*, qui interpréta le *GATT* en fonction de sa relation avec les AEM. Pour ce faire, il se basa sur la *Convention de Vienne sur le droit des traités*²⁰⁵, et plus particulièrement sur ses articles 31 et 32 (appendice A). Il en déduit que la plupart des traités bilatéraux ou multilatéraux environnementaux n'ont pas un rapport direct avec le *GATT* et en conclut qu'ils ne sont donc pas des instruments pertinents à tenir en compte dans l'interprétation principale de celui-ci²⁰⁶. Cette précision suppose implicitement que le *GATT* est l'accord suprême, le seul pouvant mettre en application des restrictions commerciales²⁰⁷. Cela peut avoir comme effet de limiter l'utilisation des mesures commerciales environnementales lors des échanges internationaux et freiner leur développement dans les AEM. En plus d'accentuer la tangente parallèle que semble prendre le développement de chacune des branches de droit international, les interprétations du panel de l'affaire *Etats-Unis-Thon* démontrent que le *GATT* confère une faible prise en compte de la dimension environnementale.

Deuxièmement, le Groupe spécial de l'affaire *Etats-Unis-Thon I* évalue la nécessité de la mesure et statue que, même en envisageant l'hypothèse que l'article XX (b) permette une application extraterritoriale, l'embargo des États-Unis ne constituerait pas, par rapport à l'objectif visé de protection des dauphins, une mesure jugée nécessaire aux termes de l'alinéa (b)²⁰⁸ :

The United States had not demonstrated to the Panel –as required of the party invoking an Article XX exception- that it had exhausted all options reasonably available to it to pursue its dolphin protection objectives through

²⁰⁵ *Convention de Vienne sur le droit des Traités*, supra note 133.

²⁰⁶ *Thon II*, supra note 33 au para 5.19

²⁰⁷ Snape et Lefkovitz, supra note 37 à la p. 789.

²⁰⁸ *Thon II*, supra note 33 au para 5.28. et 5.33

measures consistent with [*GATT*], in particular through the negotiation of international cooperative arrangements²⁰⁹.

Il est sous-entendu ici qu'il est de la responsabilité de la partie qui veut se prévaloir de l'article XX de démontrer la nécessité de la mesure PMP employée. Pour ce faire, les États-Unis auraient dû prouver qu'ils ont utilisé toutes les options raisonnables et disponibles afin de protéger les dauphins du pacifique sud-est²¹⁰. Le groupe spécial a par ailleurs «suggéré qu'il existait des mesures moins restrictives pour le commerce et compatibles avec les dispositions du *GATT*, par exemple d'indiquer sur l'étiquette des boîtes de thon la mention «sans danger pour les dauphins» pour permettre aux consommateurs d'exprimer leurs préférences»²¹¹.

En guise de synthèse, on constate que l'affaire *Etats-Unis-Thon I* offre une lecture très restrictive de l'article XX, s'assure que les mesures environnementales fondées sur des PMP ne puissent avoir d'effets extraterritoriaux et met l'emphasis sur la notion de nécessité de la mesure dans l'évaluation de l'alinéa (b). Ce bilan limite grandement l'utilisation de l'article XX et ferme la porte à la possibilité, pour les Membres de l'OMC, de développer des mesures unilatérales commerciales visant à protéger l'environnement²¹². Même si cette affaire ne fut pas adoptée à l'unanimité par les Membres du *GATT*, elle représente les bases de l'hostilité de l'OMC envers les domaines autres que le commerce²¹³.

Troisièmement, l'affaire *Etats-Unis-Thon II* a ajouté une dimension dans l'évaluation de la mesure PMP en regard de l'article XX. Bien que le groupe spécial ne diffère pas beaucoup des conclusions de l'affaire *Etats-Unis-Thon I*, il complète

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Ibid.* au para 5.27

²¹¹ Norström et Vaughan, *supra* note 4 à la p.12

²¹² Howse et Regan, *supra* note 55 à la p. 250

²¹³ *Ibid.*

toutefois l'examen de l'article XX en élaborant cette fois une analyse de l'alinéa (g), qui se caractérise en trois phases ²¹⁴ :

- First, it had to be determined whether the *policy* in respect of which these provisions were invoked fell within the range of policies to conserve exhaustible natural resources.
- Second, it had to be determined whether the *measure* for which the exception was being invoked- that is the particular trade measure inconsistent with the obligations under the General Agreement – was "related to" the conservation of exhaustible on domestic production or consumption.
- Third, it had to be determined whether the measure was applied in conformity with the requirement set out in the preamble to Article XX, namely that the measure not be applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail or in a manner which would constitute a disguised restriction on international trade.

La mesure états-unienne passa le test de la première phase puisque le tribunal commercial reconnut que la loi *MMPA* respectait les dispositions de l'article XX (g) en concevant les dauphins comme une ressource naturelle épuisable²¹⁵. Il admit aussi que, même si la loi *MMPA* régula les ressources à l'extérieur de sa juridiction, elle cadrerait tout de même avec l'alinéa (g) dû au fait qu'elle se rapportait à la conservation de cette ressource naturelle épuisable²¹⁶. Cela ouvre donc la porte à une portée extra juridictionnelle des mesures PMP sous l'article XX et vient aussi nuancer la lecture plus restrictive de l'affaire *Etats-Unis-Thon I*²¹⁷. Toutefois, la mesure commerciale états-unienne ne passa pas la deuxième phase de l'article XX, considérant que l'embargo, avait d'abord été appliqué dans le but de forcer les parties à devoir changer leur politique environnementale et ne pouvait dans ces cas-là être destiné principalement à la conservation des dauphins²¹⁸. La mesure états-unienne,

²¹⁴ *Thon II*, *supra* note 33 au para 5.12

²¹⁵ *Ibid*, au para 5.13

²¹⁶ *Ibid*, au para 5.20

²¹⁷ Snape et Lefkowitz, *supra* note 37 à la p.787.

²¹⁸ *Thon II*, *supra* note 33 au para 5.27

appliquée de façon inconsistante selon l'article XI (1) fut par conséquent jugée non conforme à l'article XX (g).

Le panel choisit ainsi d'arrêter l'analyse à ce stade et ne se prêta donc pas à l'examen de la troisième étape de l'examen de l'article XX. Néanmoins, cette troisième étape laisse supposer que le paragraphe introductif de l'article XX, qu'on appelle aussi *chapeau*, soit aussi considéré comme une disposition à respecter. La mesure PMP devrait alors respecter les standards de non-discrimination incorporés dans le *chapeau* de l'article XX²¹⁹. Ainsi, elle ne devrait en aucun cas représenter un «moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent»²²⁰, soit une restriction déguisée au commerce international. En outre, les conclusions de l'affaire *Etats-Unis-Thon II* apportent une marche à suivre dans l'évaluation de l'article XX et rend son utilisation d'autant plus complexe.

D'abord, pour se prévaloir de l'alinéa (b), l'État qui applique la mesure doit démontrer sa nécessité. Tandis que l'alinéa (g) exige de démontrer que : l'objet de la mesure constitue bel et bien une ressource naturelle épuisable et aussi que ; la mesure se rapporte à la conservation de cette ressource naturelle épuisable. Finalement, le *chapeau* de l'article semble aussi être un élément conditionnel supplémentaire à cet article dérogatoire. Celui-ci a par ailleurs fait l'objet d'une analyse plus détaillée dans l'affaire *Etats-Unis-Crevettes*, qui concerne elle aussi deux méthodes de pêche commerciale différentes :

²¹⁹ Knox, *supra* note 192 à la p. 9.

²²⁰ Se référer ci-haut au *chapeau* de l'article XX (p.60 du mémoire, aussi *GATT*, *supra* note 20 préambule de l'article XX)

Encadré 2.2 : contexte de l'affaire *Etats-Unis-Crevettes*

L'affaire *Etats-Unis-Crevettes I et II* est similaire à l'affaire *Etats-Unis-Thon I et II* parce qu'elle concerne aussi deux méthodes de pêche commerciale différentes faisant référence à des PMP *non liés au produit*. Cette fois, les PMP sont associés à deux méthodes de pêche aux crevettes : la méthode états-unienne, comprenant un mécanisme d'exclusion des tortues marines et ; la méthode de pêche traditionnelle des parties plaignantes, qui capture accidentellement les tortues.

La tortue marine fait partie des espèces menacées d'extinction de l'annexe I de la CITES²²¹, convention ratifiée par les États-Unis. Afin de préserver les tortues marines, ces derniers adoptent une *Loi nationale sur les espèces en danger*, qui depuis 1990, oblige les pêcheurs américains de crevettes à se munir d'un dispositif spécial (*Turtle exclude device*) afin d'éviter la capture accidentelle de tortues de mer.

Au titre de la section 609 de leur loi nationale et des règlement et directives connexes, les États-Unis imposent une prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes en provenance de pays spécifiques²²². Cet embargo vise les États n'ayant pas la certification assortie au dispositif de *Turtle Exclude Device* (TED) ou à un moyen comparable à celui développé par les États-Unis²²³.

En effet, si ces quatre pays veulent exporter à nouveau leurs produits vers les États-Unis, ils se doivent donc de modifier leur méthode de pêche et d'obtenir un certificat du *State Department*. L'Inde, la Malaisie, le Pakistan et la Thaïlande (*Etats-Unis-Crevettes I 1998*) touchés par cette restriction soumettent donc une plainte à l'OMC.

Les plaignants allèguent que l'application de la section 609 par le gouvernement exécutif est contraire à l'article XX, et plus spécialement à son *chapeau* sous prétexte qu'elle constitue «un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays

²²¹ Nous la retrouvons, à l'annexe I de la CITES (*supra* note 111) sous la rubrique Classe Reptiles, sous le terme "Cheloniidae".

²²² La loi générale : *Endangered Species Act*, Pub.L. No 93-205, 16 U.S.C. (1973). La loi sessionnelle : *Sea Turtles Conservation Amendments to the Endangered Species Act*, Pub. L. 101-162, sec. 609, 103 Stat.988 (1989) (codifié tel que modifié au 16 U.S.C. § 1537 (1994)).

«Une interdiction (section 609) est prononcée contre l'importation sur le marché américain de crevettes en provenance de pays qui ne protègent pas assez efficacement la tortue de mer lors de la pêche aux crevettes ; pour exporter sur le marché américain, un pays doit obtenir un certificat du *State Department* attestant qu'il se conforme à la réglementation américaine en gérant un programme comparable». (Arbour et Lavallée, *supra* note 8, à la p.658.)

²²³ *Crevettes I*, *supra* note 34 au para 3.

où les mêmes conditions existent»²²⁴. Les États-Unis basent leur argument de défense en invoquant la conformité de leur mesure avec l'article XX alinéa (g). Ainsi, le tribunal se doit d'examiner l'article XX et certains considèrent qu'il l'a fait de façon remarquable en établissant un processus permettant de définir et de faire évoluer la cause environnementale à l'OMC²²⁵.

Trois éléments ressortent de la démarche juridique de l'Organe d'appel de l'affaire *Etats-Unis-Crevettes* et nous semblent déterminants par rapport à l'orientation du statut des PMP au sein de l'OMC. Premièrement, en se basant sur le fait que les tortues soient menacées d'extinction selon la *CITES*, le jury a reconnu «par conséquent, que l'article 609 est une mesure "se rapportant à" la conservation d'une ressource naturelle épuisable au sens de l'article XX (g) du *GATT* de 1994»²²⁶. Il a de plus offert une définition assez large de "ressources naturelles épuisables". «Sont compris dans celles-ci les organismes vivants (y compris d'autres espèces) aussi bien que la matière inorganique, et les ressources tant renouvelables que non renouvelables»²²⁷. En admettant qu'une restriction commerciale fondée sur des PMP puisse se justifier en tant qu'exception prévue à l'article XX alinéa (g), l'Organe d'appel entrevoit par là la possibilité d'inclure les PMP *non liés au produit* comme exceptions aux règles générales de droit commercial.

Cette admission potentielle démontre une ouverture de l'OMC à l'égard des PMP et marque une divergence par rapport à la position d'exclusion adoptée antérieurement par le panel du *GATT*. De plus, on en déduit que des mesures restrictives commerciales fondées sur les PMP peuvent représenter des moyens

²²⁴ Préambule de l'article XX du *GATT*, *supra* note 20, reproduit aussi aux p.60 ci-haut.

²²⁵ John H. Jackson, «Comments on Shrimp/Turtle and the Product/Process Distinction» (2000) 11:2 E.I.J.L. 303.

²²⁶ *Crevettes I*, *supra* note 34 au para 142.

²²⁷ Handbook II SD, *supra* note 26 à la p.33

d'action envisageables dans le but d'atteindre des objectifs émanant des engagements d'AEM, tel la *CITES*.

Deuxièmement, les tortues marines naviguent en grande partie dans des eaux extérieures aux États-Unis et soulèvent en ce sens la question de la portée extra juridictionnelle de l'embargo. Le jury de l'ORD a choisi de ne pas se prononcer «sur la question de savoir s'il existe une limitation de juridiction implicite dans l'article XX (g) ni, si c'est le cas, sur la nature ou la portée de cette limitation»²²⁸. Il constate toutefois que les tortues, à un moment de leur trajet migratoire, nagent dans les eaux états-uniennes et «qu'il existe un lien suffisant entre les populations marines migratrices et menacées d'extinction considérées et les États-Unis aux fins de l'article XX (g)»²²⁹.

Troisièmement, l'Organe d'appel de l'affaire *Etats-Unis-Crevettes* emprunte la même voie que celle de l'Organe d'appel de l'affaire *Etats-Unis-Essence*²³⁰ et affirme que même si les restrictions commerciales peuvent être justifiables en regard de l'article XX (g), elles doivent aussi préalablement répondre aux trois standards du "chapeau"²³¹. Le texte introductif énonce ainsi trois critères à tenir compte lors de l'évaluation du chapeau : premièrement, la discrimination arbitraire entre les pays où les mêmes conditions existent; deuxièmement, la discrimination injustifiable entre les

²²⁸ *Crevettes I*, *supra* note 34 au para 133

²²⁹ *Ibid*

²³⁰ *Essence*, *supra* note 185. Plainte du Venezuela et du Brésil (*Essence*) en réaction à la réglementation des États-Unis découlant du "Clean Air Act" (CAA) et plus particulièrement à la réglementation de l'Agence pour la protection de l'environnement des États-Unis (EPA). Celle-ci imposait aux raffineurs et aux importateurs d'établir une essence propre, soit d'extraire certains constituants polluants de l'essence afin qu'elle émette un taux de rejet dans l'atmosphère égal ou inférieur au niveau de 1990. Pour ce faire, deux méthodes étaient certifiées par l'EPA et le Venezuela et le Brésil se plaignaient alors que cette législation favorisait la fabrication et la consommation locale au détriment de leur exportation d'essence. Le jury conclut que la loi EPA est une mesure discriminatoire en vertu du préambule de l'article XX.

²³¹ Cette exigence préalable est déclarée au para 147 de *crevettes I*, *supra* note 34

pays où les mêmes conditions existent; et troisièmement, la restriction déguisée au commerce international²³².

De cette manière, le texte introductif de l'article XX protège contre l'usage impropre des exceptions prévues à l'article XX à des fins de protection indirecte²³³. Dans son analyse, l'Organe d'appel approfondit le test du *chapeau* en déterminant des paramètres conditionnels constitutifs d'une discrimination injustifiée et/ou arbitraire. Plutôt que de s'en tenir à une simple analyse de forme, il s'est prêté aussi à une analyse de fond en évaluant la nature et l'objectif des mesures commerciales entreprises par les États-Unis. Pour ce faire, il a fait référence à certains instruments environnementaux, notamment aux principes 3 et 4 de la *Déclaration de Rio* ainsi qu'au programme d'Action 21. Il a ainsi été novateur en prenant en considération les objectifs environnementaux, soulignant par ailleurs le fait que "l'économie internationale doit créer un climat international propice à la réalisation des objectifs en matière d'environnement et de développement ... [e]n faisant en sorte que le commerce et l'environnement se soutiennent mutuellement ..."²³⁴ et ce, afin de parvenir à un développement durable²³⁵.

Néanmoins, l'Organe d'appel conclut que l'application de la section 609 et de ses directives par le gouvernement états-unien représente une mesure discriminatoire arbitraire et injustifiable pour trois raisons. D'abord, il estime que les États-Unis n'ont pas négocié suffisamment et de façon sérieuse avec tous les Membres exportateurs de crevettes afin d'arriver à une meilleure coopération internationale et de sensibiliser les États à la cause des tortues marines²³⁶. Ensuite, il estime que les États-Unis auraient pu employer une méthode alternative au recours à la prohibition à l'importation, celle-

²³² *Ibid* au para 150.

²³³ *Crevettes I*, *supra* note 34 au para 148.

²³⁴ *Ibid*, au para 148, citant par conséquent le paragraphe 2.3 (b) du programme *d'Action 21*, *supra* note 142.

²³⁵ *Ibid*, aux paras 147 et 148

²³⁶ *Ibid*, aux paras 172 et 174.

ci étant considérée comme "l'arme" la plus lourde dont dispose un Membre dans son arsenal de mesures commerciales²³⁷. Finalement, le caractère unilatéral de l'application de l'article 609 (b : 2A et B) est dénoncé car il oblige les États à «adopter un programme de réglementation global qui est essentiellement le même que celui des États-Unis, sans que l'on s'assure du bien-fondé de ce programme au regard des conditions existant dans les pays exportateurs»²³⁸.

Ainsi, l'application de la loi états-unienne constitue une mesure discriminatoire en vertu du préambule de l'article XX du *GATT*. La Malaisie (*II*) remis toutefois en cause la décision, se plaignant du fait que les États-Unis ne respectèrent pas les recommandations et décisions de l'ORD. L'Organe d'appel de *Etats-Unis-Crevettes II* (2001) a cependant entériné et réitéré ses recommandations antécédentes et n'a donc pas apporté d'éléments d'analyse supplémentaires.

Pour résumer l'apport de ces deux litiges commerciaux dans la détermination du statut juridique des PMP en droit commercial, nous soulevons cinq contributions principales. Primo, suite à l'interprétation de la notion de produit similaire dans l'affaire *Etats-Unis-Thon*, il semble que seule la catégorie des PMP *liés aux produits* soit envisageable par l'OMC. Les conclusions du Groupe spécial attestent que le droit commercial traite les PMP différemment en fonction de leur catégorie : les PMP *liés au produit* versus les PMP *non liés au produit*. Elles sous-entendent la possibilité d'admettre le principe de discrimination à l'égard des PMP *liés au produit*, mais les soumettent à un test rigoureux sous l'article XX.

Secundo, l'affaire *Etats-Unis-Crevettes* a aussi ouvert la porte à l'admission des PMP *non liés au produit*, toutefois ils doivent initialement respecter les critères de

²³⁷ *Ibid*, au para 171.

²³⁸ *Ibid*, au para 177.

l'article XX et répondre aussi aux trois exigences de son *chapeau*²³⁹. Ainsi, les mesures PMP doivent préalablement se conformer à certaines conditions, qui, selon nous, les rendent difficilement justifiables et identifiables.

Tertio, l'évaluation de la conformité d'une mesure PMP en fonction de l'article XX correspond à un examen rigoureux et rend l'usage des PMP très limité. D'abord, la mesure PMP doit être déclarée conforme en regard des critères de l'alinéa (b) ou (g) et doit aussi respecter les trois standards du *chapeau* de l'article XX.

Quarto, les deux litiges nous révèlent que les mesures PMP correspondent souvent à des initiatives dérivées des AEM et que celles-ci sont susceptibles d'entrer en contradiction avec les obligations commerciales (section 2.3). Cela démontre qu'il y a une incohérence entre les deux systèmes de droit international.

Quinto, la conformité des mesures PMP au cadre législatif commercial n'est pas encore affirmée et le doute persiste quant à leur statut légal. Par conséquent, elles sont plus souvent interprétées comme étant implicitement interdites en droit commercial international²⁴⁰.

Ainsi, l'affaire *Etats-Unis-Thon (I-II)* et l'affaire *Etats-Unis-Crevettes (I-II)* constituent des litiges mémorables, car elles démontrent l'existence réelle d'un conflit entre les règles commerciales et les règles environnementales. Ces affaires sont à l'origine de l'escalade des tensions entre les deux branches de droit international²⁴¹ et démontre ainsi que les PMP constituent un des points chauds du rapport commerce/environnement. Les conclusions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel d'arbitrage de ces deux affaires sous-tendent une orientation spécifique de

²³⁹ Handbook, IISD, *supra* note 26 à la p.33.

²⁴⁰ Charnovitz, *supra* note 104 à la p.63.

²⁴¹ Arguments partagés par plusieurs auteurs, tels que : Howse et Regan, *supra* note 55, à la p.250, aussi tirés du Handbook de l'IISD, *supra* note 26, à la p.1 et 10.

l'OMC par rapport au statut juridique des PMP en droit commercial et sont par conséquent déterminantes.

D'abord, l'hostilité du Groupe spécial de l'affaire *Etats-Unis-Thon* à l'égard des mesures PMP se reflète à travers l'exercice périlleux que doivent subir les PMP, c'est-à-dire le test du produit similaire et les triples phases de l'article XX. En limitant la portée des PMP et en démontrant que les règles du libre marché dominant, les conclusions du tribunal dans l'affaire *Etats-Unis-Thon I et II* viennent cristalliser le conflit entre commerce et environnement²⁴².

The "like" product requirement and the Article XX baggage are merely flip sides of the same outdated PPM coin. But the GATT's treatment of Article XX-the only place where environmental protection is even remotely considered by the GATT-more starkly exposes the naked irrationality of present trade rules²⁴³.

Cette affaire révèle aussi deux points généraux importants. D'abord, elle démontre qu'une loi domestique environnementale est susceptible d'entrer en conflit avec le système commercial, même si celle-ci est élaborée en fonction des standards environnementaux internationaux découlant d'AEM. Aussi, c'est au panel du *GATT* qu'est revenu le rôle d'examiner le rapport entre les engagements découlant des AEM avec les règles commerciales. Ce faisant, il détient le pouvoir de décider si une loi environnementale est cohérente par rapport au système commercial international, ce qui lui confère en quelque sorte une suprématie et nous amène à questionner l'impartialité du tribunal²⁴⁴. «Panel decisions, only served to reinforce the primacy of the GATT as setting the framework for assessing the overall legality of PPMs within the WTO»²⁴⁵.

²⁴² IISD, Potts, *supra* note 29 à la p.10

²⁴³ Snape et Lefkowitz, *supra* note 37 à la p. 798.

²⁴⁴ Snape et Lefkowitz, *supra* note 37 à la p. 789.

²⁴⁵ IISD, Potts, *supra* note 29 à la p.9

L'affaire *Etats-Unis-Crevettes* vient toutefois nuancer cette tendance. Elle est en effet très déterminante, car la démarche de l'ORD s'efforce davantage de tendre vers un équilibre entre les intérêts commerciaux et les objectifs de protection de l'environnement²⁴⁶. Avec son approche plus ouverte à l'égard de la dimension environnementale, l'Organe d'appel de l'affaire *Etats-Unis-Crevettes* vient atténuer l'attitude hostile reflétée par les décisions du panel de l'affaire *Etats-Unis-Thon*²⁴⁷. L'examen rigoureux de l'article XX et de son *chapeau* marque un pas en avant dans l'interprétation des règles commerciales et dénote l'admission potentielle d'une loi sur les PMP au sein de l'OMC²⁴⁸. L'affaire *Etats-Unis-Crevettes* est aussi novatrice parce qu'elle symbolise le premier cas où un tribunal commercial élabore son processus décisionnel en prenant en considération certains principes environnementaux ainsi que les arguments juridiques d'ONG environnementales, élargissant alors la participation à d'autres acteurs²⁴⁹.

Malgré cela, pour que l'application des mesures PMP soit conforme aux règles du *GATT*, elles restent néanmoins soumises à un examen rigoureux, qui rend leur application pratiquement impossible. À ce stade-ci, il convient donc d'étudier si une telle application peut être justifiée en regard de d'autres instruments de l'OMC.

²⁴⁶ Knox, *supra* note 192, à la p.37. Se référer aussi au para 159 de *crevettes I*, *supra* note 34, où l'organe d'appel mentionne : «Pour interpréter et appliquer le texte introductif, il nous faut donc essentiellement mener à bien la tâche délicate de localiser et de circonscrire le point d'équilibre entre le droit qu'a un Membre d'invoquer une exception au titre de l'article XX et les droits que les autres Membres tiennent de diverses dispositions de fond (par exemple l'article XI), de façon qu'aucun des droits en cause n'annule l'autre et, partant, ne fausse et n'annule ou ne compromette l'équilibre des droits et des obligations établi par les Membres eux-mêmes dans cet accord. La localisation du point d'équilibre, tel qu'il est conçu dans le texte introductif, n'est pas fixe ni immuable; ce point se déplace dès lors que le type et la forme des mesures en cause varient et que les faits qui sous-tendent les affaires considérées diffèrent».

²⁴⁷ Howard F.Chang. «Toward a greener *GATT*: Environmental trade measures and the shrimp-turtle case» (2000-2001) 74 S. Cal. L. Rev. 31.

²⁴⁸ Charnovitz, *supra* note 104 à la p.102

²⁴⁹ Les États-Unis ont joint à leur communication en tant qu'appelant, déposée le 23 juillet 1998, trois pièces contenant des observations, ou des "interventions désintéressées" (*amicus curiae* briefs) présentées par trois groupes d'ONG. (*Crevettes supra* note 34, para 79) L'organe d'appel a décidé de prendre en compte les arguments juridiques apportés par les ONG (para 83).

2.1.3 L'ACCORD OTC ET L'ACCORD SPS

*L'Accord sur les obstacles techniques au commerce (OTC)*²⁵⁰ ainsi que *l'Accord sur les mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)*²⁵¹ concernent les normes et/ou les mesures qui peuvent affecter le commerce international. Leur but est de «faire en sorte que les gouvernements qui poursuivent des objectifs autre que commerciaux au moyen de normes le fassent de manière à désorganiser le moins possible le commerce»²⁵². Les normes PMP peuvent affecter le commerce et ainsi cadrer dans le champ d'application de ces deux instruments. Afin de compléter l'analyse juridique des PMP à l'OMC, il apparaît donc pertinent d'étudier leur applicabilité au sein des *Accords OTC et SPS*.

L'Accord sur les Obstacles techniques au commerce (OTC)

L'Accord OTC découle du cycle de négociations commerciales multilatérales qui s'est tenu en Uruguay (1986-94) et est entré en vigueur en 1995. Il vise l'élaboration, l'adoption et l'application de règlements techniques, de normes ou de procédures d'évaluation de la conformité, et ce, dans le but de développer des systèmes internationaux de normalisation²⁵³. Son préambule reconnaît qu'un pays peut employer ce type de mesure :

pour assurer la qualité de ses exportations, ou nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement, ou à la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, aux niveaux qu'il considère appropriés, sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les

²⁵⁰ *Accord sur les obstacles techniques au commerce*, 1979, en ligne : OMC

http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/17-tbt.doc.

²⁵¹ *Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires*, 15 avril 1994, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/15-sps.doc>.

²⁵² OMC, *Rapport sur le commerce mondial : Analyse des liens entre le commerce, les normes commerciales et l'OMC*, OMC Doc. 2005, en ligne :

http://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/anrep_f/world_trade_report05_f.pdf

²⁵³ Article 2(6) ainsi que le préambule de *l'Accord OTC*, *supra* note 250.

mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, et qu'elles soient par ailleurs conformes aux dispositions du présent accord.

Deux éléments importants ressortent de ce paragraphe. Premièrement, il semble que les mesures PMP, de par leur nature environnementale, puissent cadrer avec le champ d'application de l'*Accord OTC*, ce qui est par ailleurs confirmé à l'article 2.12 :

Sauf dans les circonstances d'urgence visées au paragraphe 10, les Membres ménageront un délai raisonnable entre la publication des règlements techniques et leur entrée en vigueur, afin de laisser aux producteurs dans les Membres exportateurs, en particulier dans les pays en développement Membres, le temps d'adapter leurs produits ou leurs méthodes de production aux exigences du Membre importateur²⁵⁴.

Deuxièmement, on discerne un lien évident avec le *chapeau* de l'article XX du *GATT* et son alinéa (b), ce qui limite leur utilisation et évite que les parties ne s'en servent afin d'imposer des obstacles non nécessaires au commerce international²⁵⁵. Cela suppose aussi que les normes et mesures techniques visées par la réglementation de l'*Accord OTC* doivent d'abord respecter le principe de non-discrimination.

On peut lire en annexe une clarification des définitions où il est mentionné que «les règlements techniques s'adressent aux caractéristiques d'un produit ou les procédés et méthodes de production s'y rapportant»²⁵⁶. «Dans tous les cas où cela sera approprié, les Membres définiront les règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi du produit

²⁵⁴ *AOTC*, *supra* note 250, article 2.12:

²⁵⁵ *Ibid.*, à l'article 2.2: «Les Membres feront en sorte que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international. À cette fin, les règlements techniques ne seront pas plus restrictifs pour le commerce qu'il est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait. Ces objectifs légitimes sont, entre autres, la sécurité nationale, la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement » [...]

²⁵⁶ *Ibid.*, annexe 1, point 1.

plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives»²⁵⁷. Cela sous-entend implicitement que la normalisation visée par l'Accord s'applique uniquement aux PMP *liés au produit*.

En fait, on en conclut que les PMP *liés au produit* sont théoriquement couverts par la réglementation de l'*Accord OTC*, pour autant qu'ils respectent les conditions de ce dernier et qu'ils soient aussi conformes aux dispositions du *GATT*. Cependant, comme l'accord se rapporte surtout aux standards de produit, «il ne concerne que marginalement les PMP»²⁵⁸. Il n'offre donc pas un cadre permettant une protection environnementale supplémentaire et/ou un cadre juridique aux PMP, mais il sert plutôt de complément au *GATT* en régulant les mesures techniques jugées préalablement conformes à ses dispositions.

L'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires (SPS)

L'Accord SPS a été aussi élaboré lors du cycle d'Uruguay (1986-94), il est habituellement utilisé pour encadrer les mesures entourant la sécurité alimentaire. L'*Accord SPS* régit l'adoption et l'application de mesures sanitaires et phytosanitaires établies pour la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux²⁵⁹. Autrement dit, il précise les règles relatives à l'article XX (b), pour autant que les mesures s'y rapportant «n'établissent pas de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où existent des conditions identiques, ou similaires, y compris entre leur propre territoire et celui des autres Membres»²⁶⁰. Bien qu'il soit lié à l'article XX (b) du *GATT*, l'*Accord SPS* ne constitue pas en soi une exception au *GATT* et génère des prescriptions qui s'ajoutent

²⁵⁷ *Ibid*, article 2 (8)

²⁵⁸ Luff, *supra* note 24 à la p. 1068

²⁵⁹ *ASPS*, *supra* note 251, ¶ 2 (1)

²⁶⁰ *Ibid*, article 2 (3)

aux règles de ce dernier²⁶¹. Ainsi, tel que confirmé dans l'affaire *CE-Hormones*²⁶², il n'est pas nécessaire d'établir une violation au *GATT* avant d'examiner l'*Accord SPS*, il suffit de s'assurer que les mesures soient conformes au *GATT*²⁶³. Aussi, l'annexe A (1 (a à d)) définit la portée des mesures SPS et exclut du champ d'application de l'Accord, les mesures dites extraterritoriales. «Son champ d'application apparaît donc plus restreint de ce point de vue que celui de l'article XX du *GATT*»²⁶⁴. Notons toutefois que les PMP sont inclus dans la définition de mesures SPS de l'annexe A, apparaissant ainsi comme étant justifiables.

Les mesures sanitaires ou phytosanitaires comprennent toutes lois, tous décrets, toutes réglementations, toutes prescriptions et toutes procédures pertinents, y compris, entre autres choses, les critères relatifs au produit final ; les procédés et méthodes de production ; les procédures d'essai, d'inspection, de certification et d'homologation ; les régimes de quarantaine, y compris les prescriptions pertinentes liées au transport d'animaux ou de végétaux ou aux matières nécessaires à leur survie pendant le transport ; les dispositions relatives aux méthodes statistiques, procédures d'échantillonnage et méthodes d'évaluation des risques pertinentes ; et les prescriptions en matière d'emballage et d'étiquetage directement liées à l'innocuité des produits alimentaires²⁶⁵. (Nous surlignons)

À prime abord, certaines conditions semblent par contre devoir s'appliquer, telles que la portée exclusivement territoriale, le respect des dispositions non discriminatoires du *chapeau* de l'article XX ainsi que la conformité des mesures en fonction de son alinéa (b). De plus, l'*Accord SPS* poursuit l'objectif d'harmoniser les mesures SPS à l'échelle internationale et pour ce faire, il engage les Membres à établir leurs mesures selon les recommandations internationales²⁶⁶. Entre autres

²⁶¹ CERIC, Maljean-Dubois (dir.). *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2003. à la p.266.

²⁶² *Hormones*, *supra* note 147, aux paras 8.41 et 8.42.

²⁶³ *ASPS*, *supra* note 251 ¶3 (2)

²⁶⁴ Maljean Dubois, *supra* note 261 à la p.267.

²⁶⁵ *Accord SPS*, *supra* note 251 au dernier paragraphe de l'article 1 de l'annexe A qui définit les termes de l'Accord.

²⁶⁶ Ces directives et recommandations internationales sont élaborées par les organisations internationales compétentes, dont la Commission du Codex Alimentarius, l'Office international des

choses, il exige que les parties justifient, au moyen de preuves scientifiques, la nécessité d'adopter des mesures sanitaires (§2.2). Cette obligation est d'autant plus importante lorsqu'un membre veut appliquer une mesure entraînant un niveau plus élevé de protection sanitaire que le suggèrent les recommandations internationales (§3.3). Manifestement, la science est un outil incontournable aux fins de l'*Accord SPS* et à cet effet, l'interprétation offerte par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE-Hormones*²⁶⁷ de même que dans l'affaire *Japon-Pommes*²⁶⁸ témoigne de l'emphasis accordée aux critères de nécessité d'une mesure et à la nécessité des preuves scientifiques.

Nous faisons entre autres référence à l'examen de l'article 5, du principe de cohérence 5 (5) et du principe de précaution 5 (7) examinés dans l'affaire *CE-Hormones*. Le principe de précaution est représenté par l'article 5 (7) de l'*Accord SPS* sans toutefois que le terme y soit mentionné, afin de ne pas le consacrer comme étant un principe de droit international. :

Dans les cas où les preuves scientifiques pertinentes seront insuffisantes, un Membre pourra provisoirement adopter des mesures sanitaires ou phytosanitaires sur la base des renseignements pertinents disponibles, y compris ceux qui émanent des organisations internationales compétentes ainsi que ceux qui découlent des mesures sanitaires ou phytosanitaires appliquées par d'autres Membres. Dans de telles circonstances, les Membres s'efforceront d'obtenir les renseignements additionnels nécessaires pour procéder à une évaluation plus objective du risque et examineront en conséquence la mesure sanitaire ou phytosanitaire dans un délai raisonnable²⁶⁹. (Nous soulignons)

épizooties et les organisations internationales et régionales compétentes opérant dans le cadre de la Convention internationale pour la protection des végétaux [...] (*Ibid*, préambule et § 3 (4))

²⁶⁷ *CE-Hormones*, *supra* note 147.

²⁶⁸ *Japon-Mesures visant l'importation de pommes (plainte des Etats-Unis)* (2003), OMC Doc. WT/DS245/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel)

²⁶⁹ *ASPS*, *supra* note 251 à l'article 5.7 voir aussi l'affaire *CE-Hormones* *supra* note 147 au para 60.

L'affaire *Japon-Pommes* permet aussi de compléter notre analyse de la pertinence de la science à l'égard de l'Accord SPS. L'organe d'appel de cette affaire se prête par ailleurs à l'examen de l'article 2 (2) et 5 (7) et de la notion de preuve scientifique.

Dans cette affaire, le Japon avait établi des mesures restrictives à l'importation de pommes en provenance des États-Unis dans le but d'empêcher la dissémination d'une maladie des plantes causée par la bactérie responsable du feu bactérien. Cette bactérie affecte un certain nombre de plantes hôtes, y compris les pommiers, mais pas les humains. Le Japon importait les pommes seulement si elles répondaient à certaines conditions prescriptives concernant la production, la manipulation et l'exportation. Les États-Unis alléguaient le fait qu'il n'y avait pas de preuves scientifiques démontrant que leurs pommes pouvaient potentiellement transmettre le feu bactérien.

Le groupe spécial a donné une interprétation plus précise de l'article 5(7) de l'*Accord SPS* en expliquant que des preuves scientifiques insuffisantes ne devaient pas être interprétées comme une incertitude scientifique²⁷⁰. L'organe d'appel a toutefois déclaré la mesure japonaise incompatible à l'*Accord SPS*, jugeant d'une part : que le Japon n'avait pas présenté de "preuves scientifiques suffisantes" pour démontrer que les pommes risquaient réellement de transmettre du feu bactérien²⁷¹ et d'autre part ; qu'elle ne répondait pas à la définition de "l'évaluation des risques" de l'annexe A paragraphe 4 de l'*Accord SPS* «parce qu'elle i) ne permet pas "d'évaluer la probabilité de l'entrée, de l'établissement ou de la dissémination" de la maladie des végétaux en question et ii) ne permet pas d'effectuer une telle évaluation "en fonction des mesures SPS qui pourraient être appliquées"»²⁷².

²⁷⁰ *Japon-Pommes*, *supra* note 268 au para 243

²⁷¹ *Ibid*, au para 243 b) et c)

²⁷² *Ibid*, au para 243 d)

Ainsi, *l'Accord SPS* est un des rares accords à appliquer le principe de précaution²⁷³. Cependant, l'interprétation de la jurisprudence²⁷⁴ le subordonne aux principes centraux du *GATT* (non-discrimination) et confère à la partie le réclamant une double tâche : celle d'évaluation des risques (§5.1), en plus de celle de justifier une protection supérieure (§3.3).

Bien que *l'Accord SPS* soit le produit de considérations sanitaires de l'OMC et peut ainsi concerner les mesures environnementales, son champ d'application très spécifique et ses conditionnalités rendent l'utilisation des PMP très restreinte. On en conclut qu'une mesure PMP entrera dans le champ d'application de *l'Accord SPS* seulement si elle répond à certains critères. D'abord, elle doit répondre aux caractéristiques de l'alinéa (b) de l'article XX ainsi qu'à celles de son *chapeau* afin de ne pas constituer une mesure protectionniste. Ensuite, la mesure PMP ne doit pas engendrer d'effets extra juridictionnels et ne doit idéalement pas être fondée sur un PMP *non lié au produit*. Aussi, elle doit se justifier scientifiquement et respecter les dispositions de *l'Accord SPS* et du *GATT*. Finalement, la lourdeur du processus invite subtilement les parties à prendre les mesures les moins restrictives possible au commerce et limite considérablement l'usage des PMP.

«As general rule, the most effective solutions to environmental problems will be more restrictive to trade than the less effective alternatives. For example, it could almost always be argued that it is less restrictive to trade to require disclosures of the adverse health or environmental effects of a product than it

²⁷³ Handbook IISD, *supra* note 26 à la p.35.

²⁷⁴ D'autres affaires concernent aussi la dimension scientifique de *l'Accord SPS* : notons l'examen du terme insuffisance de preuve dans l'affaire *Japon – Mesures visant les produits agricoles (Plainte des Etats-Unis)* (1998), OMC Doc. WT/DS79/R (Rapport du groupe spécial), (1999) WT/DS76/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel). Ainsi que l'analyse du critère de l'évaluation des risques offert dans l'affaire *Australie- Mesures visant les importations de saumons (Plainte du Canada)* (1998), OMC Doc. WT/DS18/RW (rapport de l'Organe d'appel, 20 octobre 1998)

would be to ban the product, but a ban is unquestionably a more effective environmental solution»²⁷⁵.

En somme, on considère les *Accords SPS et OTC* comme étant complémentaires. «C'est le type de mesure qui détermine l'applicabilité de l'*Accord OTC*, mais c'est l'objet de la mesure qui est pertinent pour déterminer si elle est visée par l'*Accord SPS*»²⁷⁶. Cependant et comme le mentionne l'Accord instituant l'OMC, lorsqu'une partie devient membre de l'OMC, elle est liée à tout le corpus de droit de l'OMC, comprenant donc tous les accords en annexe²⁷⁷, signifiant que tous ces accords sont complémentaires et non indépendants.

Étant donné que les *Accord SPS et OTC* s'inscrivent tous deux en fonction de l'application des dispositions du *GATT*²⁷⁸, ils sont en quelque sorte subordonnés aux principes de celui-ci. Or, bien que tout deux permettent l'adoption de mesures environnementales tels que les PMP, ils s'assurent en contrepartie que leur application soit limitée et ce, afin de nuire le moins possible à la logique de libre marché. Nous pouvons en conclure au bout du compte que les mesures PMP se doivent d'abord d'être conformes aux dispositions du *GATT*, ce qui comme nous l'avons vu dans l'analyse antérieure des affaires *Etats-Unis-Thon* et *Etats-Unis-Crevettes* est une tâche éminemment complexe. Advenant l'hypothèse où ils passent cette première étape, ils se doivent ensuite de correspondre aux modalités et exigences des *Accord SPS* et/ou *OTC*, qui se chargeant de fixer les seuils applicables dans un tel cas.

²⁷⁵ Patti A. Goldman, «Resolving the Trade and Environment Debate: In Search of a Neutral Forum and Neutral Principles» (1992) 49 Wash & Lee L. Rev. 1279, à la p.1296.

²⁷⁶ Rapport OMC, *supra* note 252 à la p.158.

²⁷⁷ *Accord de Marrakech instituant l'OMC*, *supra* note 72 à l'article 2 et annexes.

²⁷⁸ Voir les préambules des deux accords, *supra* note 250 et 251.

2.2 LES PMP ET LE DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

Nous avons vu que les instruments de droit international de l'environnement encouragent les États à développer des mesures PMP au niveau national, notamment aux principes 8 de la *Déclaration de Rio* et 11 de la *Déclaration de Johannesburg*. Les PMP sont ainsi tributaires des réglementations nationales et ne font pas l'objet de réglementation spécifique sur le plan international, sauf par ricochet, via les AEM.

Le principe 24 de la *Déclaration de Stockholm* stipule «qu'une coopération par voie d'accords multilatéraux ou bilatéraux ou par d'autres moyens appropriés est indispensable pour limiter efficacement, prévenir, réduire et éliminer les atteintes à l'environnement [...]»²⁷⁹. Par ailleurs, les accords bilatéraux et les AEM représentent la source de réglementation centrale en droit international de l'environnement. Actuellement, il existe plus de cinq cents AEM²⁸⁰ qui encadrent les différents domaines de la protection de l'environnement. Ceux-ci sont le fruit du consentement des États et bien que leurs champs d'application, leurs objectifs et leurs portées soient très variables, ils sont néanmoins tous orientés vers l'évaluation et la gestion de la pollution²⁸¹. Aussi, «la pratique tend, tout au moins depuis le début des années soixante-dix, à la création pour chaque nouvelle convention adoptée d'institutions *ad hoc*»²⁸². Ces institutions forment un réseau hétérogène et complexe qui fonctionne habituellement selon un mode structurel tripartite.

²⁷⁹ *Stockholm*, *supra* note 11

²⁸⁰ Rapport du PNUE, *supra* note 162 à la p.14. En droit de l'Environnement, les AEM sont compris comme étant des accords signés par plus de deux États, comparativement au droit commercial où le terme "multilatéral" est davantage synonyme de mondial. Ainsi, dans le cadre de notre mémoire, le terme AEM comprend aussi bien les Accords régionaux, sectoriels que mondiaux. Handbook IISD, *supra* note 26

²⁸¹ *Ibid* à la p.15

²⁸² Sandrine Maljean Dubois, «Institutions et organes de contrôle» dans C. Impériali (dir.), *L'effectivité du droit international de l'environnement : contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales*, Paris : Economica, 1998, à la p.25

Il y a d'abord l'organe directeur, qui est chargé de prendre des décisions et de représenter tous les États parties. Il est donc de nature politique et est souvent accompagné d'un organe exécutif ponctuel. Ces deux institutions sont plus couramment représentées par une Conférence ou Réunion des Parties (COP) et un organe plénier affilié, soit : un comité, une commission ou un conseil permanent. Deuxièmement, il y a l'organe consultatif, correspondant généralement à une ou des structures scientifiques, composées d'experts chargés d'évaluer des questions environnementales particulières. Ces derniers sont quelquefois créés de façon *ad hoc*, comme les conseils scientifiques ou les groupes d'évaluation, ou peuvent aussi être constitués d'organismes spécialisés internationaux déjà existants²⁸³. Finalement, la création d'un organe administratif est prévue par les conventions environnementales et cette tâche est habituellement assumée par un secrétariat permanent. Notons par ailleurs que plusieurs Conventions, comme par exemple la *CITES* (¶XII), attribuent cette fonction au PNUE.

Bref, cette structure tripartite est adaptée à chaque instrument juridique et est reproduite presque autant de fois qu'il y a d'instruments. Cette multiplication caractérise l'institutionnalisation de la coopération internationale environnementale et forme de ce fait un régime de droit particulièrement complexe²⁸⁴.

La forme, la portée et le champ d'application des AEM sont variés et encadrent une variété impressionnante de sujets : que ce soit les conventions relatives à la biodiversité (protection des espèces, l'habitat, les écosystèmes, faune, ex : *CITES*) ; les conventions sur l'atmosphère (contrôle des émissions et de la production ex : *Protocole de Montréal*) ; les conventions relatives au milieu terrestre (ex : désertification) ; les conventions relatives aux produits chimiques et déchets

²⁸³ Comme par exemple le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) ou encore l'Organisation météorologique mondiale (OMM).

²⁸⁴ Ce paragraphe offre une synthèse du texte de madame Maljean-Dubois, *supra* note 282.

dangereux (ex : *Convention de Bâle*) ainsi que les conventions relatives aux mers régionales (exploitation des ressources du milieu marin et zones côtières ex : *Convention OSPAR* sur la mer du Nord)²⁸⁵. De façon générale, les AEM définissent un champ spécifique d'application dans le but de répondre à une problématique environnementale précise. En ce qui a trait aux dispositions fondées sur les PMP, ces dernières peuvent représenter des mesures utiles et dans certains cas voire même essentielles à la poursuite des objectifs des AEM. Selon l'OCDE, ces accords font appel à l'application ou au développement des mesures PMP (commerciales ou non) dans quatre cas précis²⁸⁶ (voir encadré 2.3).

Encadré 2.3 : Les AEM et les circonstances d'application des mesures PMP

- i) cas dans lesquels un pays est tenu de prendre des mesures en vertu d'un AEM ;
- ii) cas dans lesquels un AEM autorise le pays à prendre des mesures ;
- iii) cas dans lesquels le pays qui prend la mesure la considère comme nécessaire pour atteindre l'objectif d'un AEM (mesures liées à l'AEM)
- iv) cas dans lesquels la mesure est pris en l'absence d'un AEM pour mettre en œuvre les principes **généraux du droit** international, comme le principe de la responsabilité de l'État en matière de dommage transfrontière à l'environnement, qui sont reconnus par le droit international coutumier.

Sur cinq cents AEM, environ vingt d'entre eux utilisent des mesures commerciales restrictives dans le but de renforcer ses propres dispositions²⁸⁷. On entend par mesures commerciales «tout instrument qui impose des contraintes, des conditions ou des restrictions aux produits ou services importés ou exportés, ou au processus d'importation ou d'exportation de ces produits ou services»²⁸⁸.

²⁸⁵ PNUE, *supra* note 162 à la p.15

²⁸⁶ OCDE, *supra* note 35, l'encadré est tiré de la p.16-17.

²⁸⁷ Damian et Graz, *supra* note 56 à la p.660.

²⁸⁸ OCDE, *Utilisation de mesures commerciales dans le contexte des accords multilatéraux sur l'environnement : rapport de synthèse sur trois études de cas*, n° de doc. COM/ENV/TD(98)127/FINAL non classifié, (1999) à la p.13.

Ces mesures commerciales peuvent se référer directement aux PMP ou parfois créer une ou plusieurs circonstances d'application d'un PMP énumérées dans l'encadré ci-haut. Nous avons identifié sept AEM aux mesures commerciales (PMP compris) susceptibles d'influencer les échanges de façon non négligeable. Le tableau 2.1 énumère ces instruments et circonscrit globalement leurs dispositions commerciales.

Tableau : Principales mesures commerciales de sept AEM

AEM	Dispositions affectant le commerce
• <i>Protocole de Montréal</i> ²⁸⁹	Établit des mesures de notification, d'identification, de permis et d'interdiction sur la production, l'utilisation et le commerce de certaines substances nocives, s'appliquant aussi aux non-parties.
• <i>Convention de Bâle</i> ²⁹⁰	Mesures de contrôle du commerce de déchets toxiques caractérisées par des interdictions et un système de consentement préalable applicable aussi aux non-parties.
• <i>CITES</i> ²⁹¹	Identifie les espèces menacées, interdit le commerce de certaines d'entre elles et établit un système de permis et de certification préalable pour les autres.
• <i>Convention de Rotterdam</i> ²⁹²	Interdit l'importation de certains pesticides et produits chimiques et établit une réglementation en matière d'étiquetage et d'information.
• <i>Protocole de Cartagène</i> ²⁹³	Processus de consentement préalable concernant le commerce de certains

²⁸⁹ *Montréal*, supra note 115.

²⁹⁰ *Bâle*, supra note 202

²⁹¹ *CITES*, supra note 111

²⁹² *Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international*, 10 septembre 1998, 2244 R.T.N.U. 337 (entrée en vigueur : 24 février 2004)

²⁹³ *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, 29 janvier 2000, 2226 R.T.N.U. 208 (entrée en vigueur : 11 septembre 2003).

	Organismes vivants modifiés. (OVM destinés à être libérés directement dans l'environnement)
• <i>Protocole de Kyoto</i> ²⁹⁴	Établit un mécanisme de développement propre et des cibles de réduction des GES et un marché international de quota d'émission.
• <i>Convention sur les POPs</i> ²⁹⁵	Mesures d'identification, de réglementation et d'interdit de la production et de l'utilisation de certains polluants persistants.

Dans tous les cas, quatre motifs²⁹⁶ permettent d'expliquer pourquoi les AEM prévoient des dispositions commerciales. Le premier objectif est de donner un cadre réglementaire uniforme à tous les acteurs économiques afin de s'assurer que tous soient soumis aux mêmes contraintes. C'est d'autre part l'objectif global que la plupart des AEM employant des mesures commerciales poursuivent.

Le deuxième motif est associé à la conservation d'une ressource prédéfinie en y imposant une limite d'approvisionnement. Prenons par exemple la CITES²⁹⁷ (tableau 2.1), qui définit les espèces menacées d'extinction d'une part et leur impose des limites commerciales d'autres part. Elle établit en effet un système de permis et de certificats qui encadre les importations, exportations et réexportations de spécimens d'espèces ou de produits dérivés (PMP) listés dans les annexes²⁹⁸.

Le troisième objectif prévoit une régulation des marchés lorsque la demande d'une ressource est trop forte et risque de détruire celle-ci, jugée rare au préalable. C'est aussi le but de l'annexe I de la CITES, qui prévoit la prohibition du commerce

²⁹⁴ *Kyoto*, *supra* note 115.

²⁹⁵ *Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants*, 22 mai 2001, R.T.N.U. N°40214 (entrée en vigueur le 17 mai 2004).

²⁹⁶ Les quatre motifs sont tirés du handbook de l'IISD, *supra* note 26, à la p.19-20.

²⁹⁷ CITES, *supra* note 111, voir entre autres les listes d'espèces aux annexes.

²⁹⁸ *Ibid*, aux articles IV et V

des espèces les plus en danger de survie (appendice B), sauf en cas de situation exceptionnelle, où un système de permis rigoureux est exigé²⁹⁹.

Le quatrième et dernier mobile vise à assurer une application plus rigoureuse des AEM en limitant le commerce avec les non-parties. En plus d'établir un régime de contrôle et de réduction progressive de certaines problématiques environnementales, quelques instruments élargissent en effet leur champ d'application aux non-parties. C'est le cas du *Protocole de Montréal*, qui interdit l'importation de substances et de produits aux PMP dérivés avec les non-parties et aussi de la *Convention de Bâle*, qui interdit l'importation et/ou l'exportation de déchets nuisibles avec les non-parties³⁰⁰, si ces déchets sont préalablement suspectés d'être destinés à une élimination non conforme aux dispositions de la Convention³⁰¹.

L'objectif des mesures restrictives au commerce avec les non-parties visent d'un côté à encourager une participation plus large aux instruments environnementaux en question, et de l'autre côté à empêcher que les non-parties ne jouissent d'un avantage comparatif au niveau du commerce des substances et produits aux PMP néfastes³⁰². En élargissant ainsi la portée des mesures commerciales, ce type d'AEM peut donc entraîner des effets notables sur le commerce international des produits et influencer leurs PMP.

²⁹⁹ CITES, *supra* note 111, à l'article III, notons que les cas exceptionnels sont associés à la recherche scientifique et exclut tout usage commercial. Cette réglementation concerne les espèces les plus menacées d'extinction, parmi celles-ci : l'hippopotame, le puma, le morse, le panda géant, le tigre de Sibérie, plusieurs espèces de baleine et de primate, le rhinocéros, le zèbre et bien d'autres.

³⁰⁰ Se référer à l'article 4 du *Protocole de Montréal*, *supra* note 115, et à l'article IV (5) de la *Convention de Bâle*, *supra* note 202.

³⁰¹ La convention énumère à son annexe I les catégories de déchets et de constituants à contrôler et établit à son annexe III une liste de caractéristiques de danger. Ce sont uniquement les déchets conformes à l'une ou l'autre de ces annexes qui sont régis par la Convention de Bâle. De plus, la convention établit un système d'autorisation et de notification entre parties qui fait qu'une partie ne peut exporter de déchets nocifs sans l'autorisation de son destinataire (l'article VI)

³⁰² Hunter-Salzman et Zaelke, *supra* note 129 à la p. 575, où ils font référence ici au *Protocole de Montréal*.

Surtout que certains d'entre eux sont considérés comme étant parmi les AEM les plus contraignants³⁰³ et agissent sur le commerce international à des degrés divers. En ce sens, le *Protocole de Montréal*, l'un des premier AEM à inclure des mesures commerciales en vue d'atteindre ses objectifs de réduction du taux d'émanations de polluants dommageables pour la couche d'ozone³⁰⁴, «marque un véritable changement des pratiques en droit international de l'environnement»³⁰⁵. Il est d'ailleurs «souvent considéré comme l'accord international le plus réussi en matière environnementale»³⁰⁶. Depuis son entrée en vigueur, on évalue que 95% des substances néfastes ont été abandonnées progressivement³⁰⁷. L'utilisation des mesures commerciales dans les AEM semble donc être une méthode efficace du point de vue de la protection environnementale.

En effet, le champ d'application et les objectifs des AEM aux mesures commerciales peuvent parfois engendrer l'application de mesures PMP et/ou dans certains cas, appliquent directement des mesures PMP. Prenons par exemple le *Protocole de Montréal* qui interdit la production de certaines substances appauvrissant la couche d'ozone (SACO) ou ses produits dérivés. Cela signifie que tout usage de ces substances lors de l'une ou l'autre des étapes du cycle de vie d'un produit devra automatiquement être modifié en vue d'adopter des PMP respectant l'accord. En interdisant le commerce de produits dérivés de l'annexe D (appendice C), sous prétexte qu'ils contiennent des SACO, le *Protocole* permet alors d'appliquer

³⁰³ Damian et Graz, *supra* note 56 à la p.660.

³⁰⁴ Hunter-Salzman et Zaelke, *supra* note 129 à la p. 575.

³⁰⁵ Maryse Grandbois, «Le droit de l'environnement et le commerce international: quelques enjeux déterminants» (1999) 40:3 Les Cahiers de Droit 545, à la p.553. Notons par ailleurs qu'en date du 30 novembre 2001, 195 États avaient ratifié la Convention de Vienne et autant le Protocole, faisant ainsi d'eux des instruments avec une forte participation, voir le site du secrétariat de l'ozone (convention, protocole et amendements) pour voir le statut à jour des ratifications. En ligne : <http://www.unep.org/ozone>

³⁰⁶ *Ibid*, voir aussi Hunter, Salzman et Zaelke, *supra* note 129 à la p. 575.

³⁰⁷ PNUE, Secrétariat de l'ozone, *Manuel du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, Doc. Off. NU, ISBN 978-92-807-2770-8 (2006) en ligne : <http://www.unep.org/ozone>, tiré de l'avant-propos du directeur exécutif Achim Steiner, p. ix

directement une mesure commerciale sur la base des PMP de ce produit. Il en va de même concernant les mesures commerciales associées aux produits dérivés de la *CITES*, tels que des manteaux ou autres produits fabriqués avec une espèce menacée de l'annexe I (appendice B).

«Pour l'essentiel, ces conventions posent des interdictions ou établissent des mécanismes de contrôle du commerce international qui peuvent paraître incompatibles *prima facie* avec les principes fondamentaux de l'OMC»³⁰⁸. La possibilité de conflit entre les dispositions de ces accords et celles des accords de l'OMC est ainsi envisageable et peut constituer un problème dans l'élaboration de la norme PMP en droit international. À cette étape et pour mieux situer la position des PMP en droit international, il nous apparaît alors important d'étudier la relation qu'entretient ce type d'AEM avec le droit de l'OMC. C'est par ailleurs ce sujet que nous proposons d'analyser au point suivant.

2.3 LA RELATION ENTRE LES REGLES DES AEM ET CELLES DE L'OMC

L'affaire *Etats-Unis-Crevettes* a démontré qu'il est possible que l'application d'une mesure commerciale PMP puisse entrer en contradiction avec les règles de l'OMC et ce, même si la mesure environnementale en question est développée et appliquée dans le but d'honorer les engagements d'un AEM (*CITES*). D'un côté, les gouvernements ont le droit et le devoir d'élaborer des politiques visant à protéger l'environnement, y compris les mesures de type commercial et de l'autre côté, ces dernières sont susceptibles d'entrer en conflit avec l'OMC³⁰⁹. Cette dynamique force la communauté internationale à se pencher sur la question des rapports entre les AEM et le droit commercial. Ceux-ci font par ailleurs l'objet de plusieurs études au niveau international et suscitent l'apport intellectuel de plusieurs acteurs, tels l'OCDE, le

³⁰⁸ Arbour et Lavallée, *supra* note 8 à la p. 641

³⁰⁹ Petros C. Marvroidis, «Trade and Environment after the Shrimps-Turtles Litigation» (2000) 34(1) J. World Trade 73. à la p.73.

PNUE, l'ORD ainsi que certains juristes et ONG. De plus, le mandat spécial d'analyser la relation entre commerce et environnement a été attribué au Comité du commerce et de l'environnement³¹⁰ (CCE) de l'OMC, qui travaille aussi de concert avec le PNUE. Les tâches du CCE, élaborées en 1994, se résument ainsi en deux points :

- a) identifier les relations entre les mesures commerciales et les mesures environnementales de manière à promouvoir le développement durable ;
- b) en vue de faire des recommandations appropriées pour déterminer s'il y a lieu de modifier les dispositions du système commercial multilatéral, en respectant le caractère ouvert, équitable et non discriminatoire [...]³¹¹

Afin d'approfondir et de circonscrire davantage les tâches du CCE, les Communautés européennes «faisaient valoir qu'il serait peut-être utile que la Session extraordinaire du CCE étudie les relations entre les accords environnementaux multilatéraux (AEM) et les accords de l'OMC dans le contexte des principes de la gouvernance à l'échelle mondiale»³¹². Après avoir pris connaissance de leurs travaux et de divers autres écrits, nous constatons qu'il y a deux principaux problèmes associés à l'application de mesures commerciales dans les AEM en regard du droit de l'OMC.

Le premier problème est associé à la question des relations matérielles entre les AEM et l'OMC³¹³. Il s'agit en fait de déterminer quelles sont les circonstances auxquelles une mesure commerciale environnementale peut être considérée conforme au droit de l'OMC. Comme nous l'avons vu précédemment, en interprétant la jurisprudence opposant le commerce à l'environnement, le jury de l'ORD apporte

³¹⁰ Le CCE est élaboré à la suite de la Conférence ministérielle de Marrakech où il a été sommé au conseil général de l'OMC d'établir le CCE par une décision sur le commerce et l'environnement.

³¹¹ OMC, *Décision sur le Commerce et Environnement*, OMC Déc. 15 avril 1994, en ligne : OMC http://www.wto.org/french/docs_t/legal_t/56-denv.doc.

³¹² OMC, *Rapport de la présidente de la session extraordinaire du comité du commerce et de l'environnement au comité des négociations commerciales*, OMC Doc. TN/TE/8 (20 avril 2004).

³¹³ Maljean-Dubois, *supra* note 261, à la p.111

ainsi quelques éléments de réponse. Il faudra toutefois attendre en 2005 avant que l'OMC rédige un rapport d'analyse permettant de répondre plus clairement à cette question. Pour ce faire, l'OMC construit son analyse en interprétant le paragraphe 121 de la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *Etats-Unis-Crevettes*.

[...] l'assujettissement de l'accès au marché intérieur d'un Membre au respect ou à l'adoption par les Membres exportateurs d'une politique ou de politiques prescrites unilatéralement par le Membre importateur peut, jusqu'à un certain point, être un élément commun aux mesures relevant de l'une ou l'autre des exceptions a) à j) prévues à l'article XX³¹⁴. [...]

L'OMC interprète cet énoncé dans son rapport sur le commerce mondial de 2005, où elle affirme que les mesures commerciales des AEM, même celles de type PMP, peuvent être autorisées dans le cadre de l'article XX du *GATT*, pour autant qu'elles ne soient pas appliquées de manière à établir une discrimination arbitraire ou injustifiable entre les Membres où existent les mêmes conditions³¹⁵. Cette interprétation permet d'envisager que les mesures environnementales commerciales (PMP comprises) puissent être permises dans le cadre de l'OMC. En plus de voir poindre cette éventuelle possibilité, certains développent aussi l'argument qu'une exception de l'article XX devrait être considérée avec une plus grande légitimité lorsqu'elle répond au contexte spécifique d'un AEM³¹⁶. Mais qu'arriverait-il si un conflit entre les deux régimes de droit se manifestait ? Qui devrait trancher ? Voici la deuxième problématique que soulèvent les rapports entre AEM et OMC.

Ce deuxième point expose la relation institutionnelle des AEM et de l'OMC et interpelle le processus respectif de règlement des différends. On se pose alors la question à savoir, dans le cas où surgirait un conflit opposant les normes issues d'AEM aux règles de l'OMC, quelle base juridique prévaudrait afin de régler ce dit

³¹⁴ *Crevettes I*, *supra* note 34 au para 121.

³¹⁵ Rapport OMC 2005, *supra* note 252 à la p. 166.

³¹⁶ Shynia Murase, «Trade and the Environment: With Particular Reference to Climate Change Issues» (2005) 2 *Manchester J. Int'l Econ. L.* 18, à la p.19.

conflit ? Le CCE reconnaît «l'égalité entre AEM et OMC en tant que corps de règles de droit international et la nécessité de ne pas interpréter les règles de l'OMC en les "isolant cliniquement" des autres corps de règles de droit international»³¹⁷. En théorie, on en déduit qu'aucun des deux régimes de droit n'aurait préséance advenant un conflit. Même si un tel différend n'a encore jamais éclaté à ce jour, le cas échéant, la question est de savoir quel serait le rôle de chacun des organes établis respectivement par les AEM et l'OMC. D'ailleurs, cette absence de conflit est interprétée par certains, tels les États-Unis, comme une preuve du bon fonctionnement de la relation entre AEM et OMC³¹⁸. Il n'est toutefois pas garanti que cette absence de conflit perdure dans le futur.

Comme nous l'avons vu au point précédent, certaines dispositions commerciales (PMP compris) issues d'AEM, tels la *CITES* ou le *Protocole de Montréal*, apparaissent incompatibles à prime abord avec les règles de l'OMC et pourraient peut-être générer des conflits entre les deux régimes. Entre autres parce que ces dispositions établissent une discrimination entre les mesures commerciales applicables aux parties aux AEM de celles qui sont appliquées aux non-parties. Ainsi, le fait qu'un État soit partie ou non à un AEM devient un élément important à prendre en compte dans l'évaluation et l'évolution du processus de règlement d'un différend. En effet, l'adhésion ou non d'une partie à un, et/ou aux deux régimes de droit peut influencer le choix de la base juridique et du mécanisme de règlement des différends. Cela nous amène à devoir considérer et examiner deux situations différentes dans l'hypothèse d'un conflit concernant l'application de mesures commerciales environnementales prescrites par un AEM au regard des règles commerciales.

³¹⁷ OMC, *Rapport du président de la session extraordinaire du comité du commerce et de l'environnement au comité des négociations commerciales : État d'avancement des négociations sur le commerce et l'environnement*, OMC Doc. TN/TE/9 (28 juin 2004). p.4

³¹⁸ *Ibid*, à la p..5

Le premier cas de figure concerne un conflit touchant le commerce entre Membres à l'OMC et parties à la fois à un AEM. «Il est conclu, en particulier qu'il ne devrait pas y avoir à l'OMC de problèmes au sujet des mesures commerciales convenues et appliquées entre les parties à un AEM»³¹⁹. Dans le cas où les pays sont à la fois Membres de l'OMC et parties à un AEM, bien qu'il soit permis d'avoir recours au mécanisme de règlement de différends de l'OMC, les parties sont fortement invitées à régler le différend au moyen du mécanisme prévu dans l'AEM concerné³²⁰. Ce qui répond et suit la logique classique d'interprétation du droit international de la *lex posterior*. «Le traité le plus récent l'emportant sur le traité le plus ancien»³²¹. Bref, dans ce cas de figure, il est généralement conçu que rares sont les risques de contestation dans le cadre de l'OMC.

La deuxième mise en situation met en contexte un conflit sur le commerce entre deux États Membres à l'OMC, dont seulement un État est partie à un AEM ou à un de ses amendements. Dans ce cas bien précis, et particulièrement en ce qui a trait aux conventions prévoyant des mesures commerciales applicables au non-parties, les préoccupations se font plus présentes³²². Cette préoccupation se retrouve dans le rapport de Singapour du CCE, qui expose les préoccupations de certains États voulant «qu'à l'avenir, lors de la négociation d'un AEM, il faudrait être particulièrement vigilant en ce qui concerne la manière dont on pourrait envisager d'appliquer des mesures commerciales aux pays non parties»³²³. Si une telle étude de cas s'avérait

³¹⁹ Nordström et Vaughan, *supra* note 4 à la p.84, voir aussi, OMC, CCE, *Rapport du Comité du commerce et de l'environnement*, OMC Doc. WT/CTE/1, Rapport de Singapour (12 novembre 1996), à la p. 3.

³²⁰ *Ibid.* Notons que les mécanismes de règlement des différends prévus par les AEM sont généralement caractérisés par : 1) la voie de négociation ; 2) si les Parties ne parviennent pas à un accord par voie de négociation, elles peuvent faire appel à une troisième partie en tant que médiateur ; 3) elles peuvent avoir recours à l'arbitrage de la Conférence des Parties ou ; 4) soumettre leur différend à la CIJ.

³²¹ Arbour et Lavallée, *supra* note 8 à la p.644

³²² Rapport de Singapour, *supra* note 319 énoncé au point 1.

³²³ Nordström et Vaughan, *supra* note 4 à la p.84. Voir aussi point 1 du rapport de Singapour *supra* note 319

réelle, on suppose que les parties pourraient avoir recours à l'ORD, tous deux étant Membres de l'OMC, pour autant que ce différend, dans la perspective des engagements découlant de l'AEM, concerne l'impossibilité de respecter une ou des normes de droit commercial³²⁴. Notons cependant que le risque de conflit de ce genre devient moindre si un AEM est massivement ratifié, comme c'est le cas du *Protocole de Montréal*, qui compte 196 parties³²⁵.

Cela dit, ce dernier cas de figure n'est que très peu étudié en profondeur et souvent évacué des analyses. Même l'OCDE, qui produit beaucoup d'études au sujet du commerce et de l'environnement et qui analyse en profondeur l'utilisation des mesures commerciales dans les AEM, affirme très clairement «qu'il n'est pas question de déterminer de quelle manière un éventuel conflit juridique serait abordé ou réglé»³²⁶. Cette question demeure par ailleurs en suspension, entre autres parce que plusieurs interprétations règnent au sein de la communauté internationale au sujet de la relation entre AEM et OMC.

Aussi parce qu'il existe un vide juridique au niveau de la structure de gouvernance internationale à savoir qui est habileté à déterminer la manière de résoudre le conflit. Ainsi, on ne retrouve pas de réponse formelle permettant de trancher la question et chaque institution possède sa propre analyse. Celle de l'OMC apparaît au paragraphe 31(i) de la *Déclaration de Doha* (voir encadré 2.4) où elle sous-entend implicitement qu'en ce qui concerne la relation entre AEM et OMC, les négociations visant à renforcer leur soutien mutuel ne concernent que les cas où les deux États sont parties à la fois à un AEM et à l'OMC.

³²⁴ Maljean-Dubois, *supra* note 261 à la p. 131

³²⁵ Voir site du PNUE pour l'état des ratifications, *supra* note 307

³²⁶ OCDE, *supra* note 288 à la p.34.

Encadré 2.4 Déclaration de Doha : Commerce et Environnement³²⁷

31. Afin de renforcer le soutien mutuel du commerce et de l'environnement, nous convenons de négociations, sans préjuger de leur résultat, concernant :

- i) la relation entre les règles de l'OMC existantes et les obligations commerciales spécifiques énoncées dans les accords environnementaux multilatéraux (AEM). La portée des négociations sera limitée à l'applicabilité de ces règles de l'OMC existantes entre les parties à l'AEM en question ; (nous soulignons)
- ii) des procédures d'échange de renseignements régulier entre les Secrétariats des AEM et les Comités de l'OMC pertinents, ainsi que les critères pour l'octroi du statut d'observateur ;
- iii) la réduction ou, selon qu'il sera approprié, l'élimination des obstacles tarifaires et non tarifaires visant les biens et services environnementaux.

³²⁷ Doha, *supra* note 83 à la p.7.

CONCLUSION

La première partie de ce chapitre expose, à travers l'interprétation de deux litiges marquants, la nature complexe du statut juridique des mesures PMP au sein de l'OMC. On en conclut que l'OMC prévoit l'autorisation des mesures PMP dans le cadre de l'article XX, seulement si elles passent le triple test s'y rattachant. Un test qui se veut complexe et qui limite grandement l'utilisation des normes PMP dans les échanges commerciaux, surtout si les mesures en question font références aux PMP *non liés au produit*. Peut-être était-ce pour pallier cette limitation de l'OMC à l'égard des normes PMP, que celles-ci se retrouvent encadrées en droit international de l'environnement.

Effectivement, environ dix pour cent des AEM incorporent des mesures commerciales parfois de type PMP et cette tendance semble par ailleurs vouloir continuer à se développer³²⁸. Ces AEM viennent influencer directement les échanges internationaux et sont ainsi sujets à contredire le système de droit commercial. De plus, certains instruments environnementaux comme la *Convention de Bâle*, le *Protocole de Montréal* et la *CITES* incluent des dispositions applicables au commerce avec les non-parties, ce qui vient doublement contredire le cadre de l'OMC en discriminant le commerce entre États. D'ailleurs, certains AEM récents, tel que le *Protocole de Kyoto*, comportent un nombre si important de dispositions commerciales que la distinction entre un accord environnemental d'un accord commercial est minime³²⁹.

Ces facteurs contradictoires démontrent l'existence d'une relation conflictuelle entre les dispositions prévues dans les AEM et le droit de l'OMC. Ces tensions nous poussent à questionner les voies juridiques à emprunter lors d'un éventuel conflit entre les deux régimes. À cet effet, le troisième point fait la lumière, aussi confuse et

³²⁸ Maljean-Dubois, *supra* note 261 à la p. 111

³²⁹ *Ibid*

stagnante soit-elle, sur l'ambiguïté qui découlerait d'une situation conflictuelle, surtout en ce qui concerne l'hypothèse où deux États seraient Membres de l'OMC et un seul d'entre eux serait partie à un AEM. Cette étude de cas fait preuve d'un évitement certain, explicable en partie par le fait que nous n'avons pas encore été exposés à un conflit de cette nature. Nous pensons aussi qu'approfondir ce type de conflit ferait jaillir la nature incompatible des deux régimes de droit international et amènerait certainement à questionner les fondements du droit international. Les efforts internationaux, particulièrement ceux du CCE, du PNUE et de l'OCDE, tendent plutôt à développer et encourager les moyens d'éviter que ce type de conflit ne se produise.

Selon nous, un moyen efficace de réduire les possibilités de conflits entre le commerce et l'environnement au sujet des relations entre AEM et OMC, serait probablement d'encadrer de façon claire et circonscrite les mesures PMP en droit international. Cette perspective nous amène à étudier les différentes voies possibles de les intégrer en droit international, c'est par ailleurs ce qui sera étudié dans le troisième et dernier chapitre suivant.

CHAPITRE III

COMMENT INTEGRER LES MESURES PMP EN DROIT INTERNATIONAL

Les deux chapitres précédents démontrent qu'il existe plusieurs obstacles au développement d'une norme PMP au niveau international, notamment la logique néolibérale de l'OMC, la dynamique Nord-Sud ainsi que le contexte fragmentaire du droit international. De plus, l'interprétation de la jurisprudence démontre que l'OMC ne semble pas vouloir permettre leur utilisation, ce qui contribue, selon nous, à faire stagner l'évolution des PMP en droit international et attise davantage les tensions concernant les mesures PMP appliquées en vertu d'AEM et les règles de l'OMC. Après avoir pris connaissance de ces différents points problématiques et étant d'avis qu'on doit permettre l'utilisation des PMP dans les échanges, nous nous questionnons maintenant sur la manière de les encadrer en droit international.

À cet égard, on dénote l'absence de point de vue homogène concernant la manière d'encadrer les mesures PMP en droit international général. La communauté internationale est divisée au sujet de la position que doit prendre les mesures commerciales environnementales en regard du cadre de l'OMC et deux positions antagonistes en découlent³³⁰. Nous proposons par ailleurs de les analyser dans ce dernier chapitre.

³³⁰ Ces deux perspectives sont démontrées dans les différents ouvrages du CCE, du PNUE et de la Commission de droit international. Ces derniers exposent les différents points de vue et arguments proposés par les nombreuses délégations de la communauté internationale concernant la place des mesures commerciales environnementales (PMP) ainsi que sur la façon dont elles devraient être appliquées en droit international. Dans notre exercice d'exposition et d'analyse des deux perspectives, nous nous basons essentiellement sur le rapport de Singapour du CCE, *supra* note 319 et sur les sessions extraordinaires du CCE, *supra* note 312-317 qui exposent clairement les deux approches. Notons toutefois que ces différents travaux utilisent une terminologie (Membres, certaines nations etc.) ne nous permettant pas d'identifier les États affiliés à chaque perspective. Seul le rapport du PNUE sur la gouvernance environnementale, *supra* note 162, auquel nous nous référons aussi principalement

3.1 DEUX PERSPECTIVES D'ENCADREMENT DES PMP

Certains États, notamment les Etats-Unis, prétendent que l'encadrement des mesures commerciales environnementales doit se faire en dehors de la sphère commerciale internationale. Ce point de vue est caractéristique de la première perspective qui prétend que l'encadrement des PMP se doit d'abord et surtout d'être régulé par la politique de chaque État, concevant ainsi le droit national comme le principal véhicule juridique des PMP sur la scène internationale. La section suivante (3.1.1) expose une synthèse de cette perspective et analyse aussi ses faiblesses (3.1.2), qui démontrent, selon nous, que cette perspective est insuffisante pour favoriser l'effectivité du droit international de l'environnement.

D'autres États, comme les Communautés européennes, sont en faveur d'un durcissement des normes environnementales à l'OMC et envisagent à cet effet l'élaboration et l'application d'une norme permettant l'usage des PMP au regard de l'OMC. Nous analysons (sect. 3.1.3) cette deuxième perspective et examinons par conséquent trois avenues possibles pour intégrer les PMP à l'OMC. Il est à noter que cette portion finale arbore une approche purement hypothétique, car la plupart des méthodes étudiées restent à développer dans le futur et relèvent ainsi du domaine de la projection.

3.1.1 L'ENCADREMENT DES PMP EN DEHORS DE L'OMC

Les tenants de la première perspective développent l'argument que «les dispositions de l'OMC offrent déjà de grandes possibilités d'appliquer des mesures commerciales en vertu d'AEM et en conformité avec les dispositions de l'OMC»³³¹. Vu sous cet angle, les dispositions du *GATT* sont suffisantes pour régler la question

traite des arguments opposant les Communautés européennes aux Etats-Unis. Pour ces raisons, nous adoptons donc nous aussi une terminologie neutre dans l'analyse des différents arguments des États.

³³¹ Nordström et Vaughan, *supra* note 4 à la p.84, voir aussi rapport de Singapour *supra* note 319 à la p.3.

des mesures commerciales prises en vue d'atteindre des objectifs environnementaux légitimes, tels que définis par les AEM et il n'est donc pas nécessaire ni souhaitable de les modifier³³². C'est par ailleurs ce que tendent à nous démontrer les conclusions de différents travaux du CCE et de l'OCDE³³³. Ces conclusions énoncent et résument clairement les principaux arguments affiliés à cette perspective.

D'abord, cette première perspective se base sur la dimension de responsabilité nationale de l'État afin de concevoir le développement des mesures commerciales environnementales. En vertu des conventions internationales sur l'environnement, chaque État a le devoir de développer des politiques environnementales nationales sur les PMP³³⁴. Cette perspective envisage l'utilisation et l'encadrement des mesures PMP comme étant d'abord et surtout le fait de la politique interne, respectant ainsi la logique du principe de souveraineté et répondant aussi à une approche dualiste du droit international de l'environnement³³⁵. D'une part, l'OCDE reconnaît que les mesures PMP appliquées au niveau national peuvent constituer un moyen efficace de réduire les modes de production et de consommation écologiquement non viables, pour autant qu'elles soient bien conçues et qu'elles respectent certaines conditions³³⁶.

³³² *Ibid*, (Rapport de Singapour), à la p.3

³³³ Voir à ce sujet les différents rapports de l'OCDE (*supra* notes 35-49-189-288 et du site de l'OCDE), et du CCE et de l'OMC (*supra* notes 4-196-252 et 311-312 et 317, et site de l'OMC).

³³⁴ On fait référence notamment aux principes 8 de *Rio* et 11 de *Johannesburg* (p.12 ci-haut) et tel que nous l'avons analysé au chapitre II, des obligations qui découlent de plusieurs AEM (voir tableau 2.1 à la p.83 ci-haut).

³³⁵ L'approche dualiste conçoit le droit international et le droit interne comme deux systèmes juridiques différents ou le droit interne doit transposer le droit international. À l'inverse, l'approche moniste conçoit le droit interne et le droit international en un unique système juridique ou le droit interne et le droit international se forment sur le même modèle. Voir Mohamed Salah, «La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux : réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation» (2001) 3 *Revue internationale de droit économique* 251, aussi Brunelle, *supra* note 63, à la p.49. ainsi que Patrick Daillier «Monisme et Dualisme : un débat dépassé» dans Ben Achour et Slim Laghamani, dir., *Droit international et droits internes, développements plus récents*, Paris, Pedone 1998, pp 9-21.

³³⁶ OCDE, *supra* note 35 aux p.23 à 38. Les critères d'évaluation des PMP à tenir compte avant leur élaboration au niveau national sont 1-les motivations 2-l'applicabilité 3-l'efficacité 4-l'efficience. Pour être bien conçues selon l'OCDE, voici quelques exemples des conditions et des facteurs influents à considérer lors de l'élaboration des mesures PMP au niveau national et/ou international dans les AEM

L'organisation met cependant l'emphasis sur les «problèmes d'efficacité, d'applicabilité et d'efficience que posent l'utilisation de certaines mesures commerciales fondées sur des normes PMP»³³⁷ ainsi que sur leurs risques d'incidences graves sur les échanges.

Les autorités gouvernementales sont par ailleurs encouragées à employer et à «étudier soigneusement d'autres mesures qui pourraient être efficaces pour atteindre des objectifs particuliers en matière d'environnement»³³⁸. En d'autres termes, les mesures commerciales fondées sur des PMP ne constituent pas un moyen à privilégier par les gouvernements dans leurs échanges avec d'autres pays. L'OCDE favorise plutôt la mise en œuvre de moyens alternatifs, tels que la labellisation, les aides techniques et financières ainsi que les mesures commerciales moins restrictives comme les écotaxes. Si toutefois des mesures PMP sont employées, «ces mesures doivent être faciles à mettre en œuvre et à suivre et doivent être largement acceptées au plan international»³³⁹. Ce qui sous-entend l'exclusion des mesures de type PMP *non liés* au produit, en raison de la difficulté associée à leur mise en œuvre (identification et coût d'application), ainsi que les mesures PMP non prescrites par des AEM, en raison de leur acceptation plus limitée.

Ensuite, l'acceptation générale sur le plan international constitue aussi un point de réflexion développé par les tenants de cette première perspective, se basant sur le fait qu'au plan international, l'État a un devoir de coopération multilatérale au niveau du développement des politiques environnementales³⁴⁰. En ce qui concerne les problèmes

: doivent viser un problème réel de pollution ou de ressources, s'appuyer sur la science, ne pas engendrer d'effets néfastes sur la compétitivité économique du pays, les PMP doivent être techniquement identifiables, les mesures PMP doivent aussi être accompagné d'un plan d'action et de surveillance, etc.

³³⁷ *Ibid*, (OCDE) p.38.

³³⁸ *Ibid* à la p.38

³³⁹ *Ibid* à la p.36.

³⁴⁰ Voir le principe 24 (*Déclaration de Stockholm*), principe 27 (*Déclaration de Rio*). Ce principe est aussi reconnu et réaffirmé dans la plupart des instruments environnementaux.

de PMP aux effets environnementaux transfrontières ou mondiaux, cette perspective encourage donc fortement l'élaboration de méthodes issues de la coopération internationale, comme la négociation d'AEM, l'aide technique et financière ainsi que l'élaboration de normes internationales, telles que développées par l'Organisation internationale de normalisation (ISO).

Bien que l'AEM soit reconnu comme étant un outil de premier plan au niveau de la coopération multilatérale environnementale, cette perspective suggère néanmoins de choisir d'autres solutions que les restrictions commerciales dans l'élaboration des AEM³⁴¹. Lorsqu'il n'est pas possible de respecter cette mise en garde et que des mesures commerciales restrictives (PMP ou non) s'avèrent toutefois nécessaires «dans l'élaboration de futurs AEM, il conviendrait de formuler les mesures commerciales en gardant présentes à l'esprit les dispositions du système commercial multilatéral»³⁴². Autrement dit, on évacue implicitement les mesures PMP dans le processus de négociations et d'élaboration des AEM car celles-ci prennent généralement la forme de restrictions commerciales et leur conformité en regard des dispositions commerciales reste ambiguë, surtout lorsqu'il s'agit de PMP *non liés* au produit. Cela est confirmé, lors de la session extraordinaire tenue par le CCE en 2004, «de nombreux participants ont été d'avis que le critère des procédés et méthodes de production (PMP) ne devrait pas être utilisé dans les négociations» d'AEM³⁴³.

L'analyse de cette première perspective, visant l'encadrement des PMP à l'extérieur de la sphère juridique commerciale, nous permet de dégager deux éléments fondamentaux. D'abord, cette perspective tire ses racines dans le respect du principe de libre-échange, car elle étudie les mesures environnementales de façon à ce qu'elles

³⁴¹ OCDE, *supra* note 35 p.39.

³⁴² CCE, rapport de Singapour, *supra* note 319 à la p.3.

³⁴³ CCE, session extraordinaire *Supra* note 312 à la p.3, avis partagé par l'OCDE, *supra* note 35 à la p.39

entravent le moins possible les échanges³⁴⁴. Comme les mesures PMP constituent en soi des restrictions au commerce, cela expliquerait pourquoi, selon cette perspective, il n'est pas favorable et ni même souhaitable de les développer et de les harmoniser au niveau international. Du point de vue commercial, on craint que l'utilisation des mesures PMP favorise l'élaboration d'action unilatérale mise en œuvre dans le but de favoriser le marché intérieur, ce qui viendrait à l'encontre des fondements néolibéraux. Il est d'ailleurs fortement déconseillé d'avoir recours aux initiatives unilatérales pour répondre aux défis environnementaux en dehors de la juridiction du pays importateur³⁴⁵. En contrepartie, l'effort du CCE est déployé à développer et faciliter l'usage de moyens alternatifs à l'usage et au développement des mesures PMP au niveau international.

Deuxièmement, l'analyse de cette perspective fait ressortir une conception spécifique du fonctionnement du droit international. Il est sous-entendu que le droit international s'articule autour des régimes autonomes et indépendamment spécialisés. À ce propos, le rapport du CCE reprend une des opinions principales de ce point de vue :

L'OMC n'est pas compétente dans le domaine de l'environnement en tant que tel, elle ne devrait pas formuler de critères qui limiteraient la souplesse laissée aux responsables de l'élaboration des politiques environnementales pour juger de la légitimité des objectifs environnementaux et des types de mesures commerciales nécessaires.³⁴⁶

On y discerne en filigrane que chaque branche de droit international est perçue comme un régime autonome séparé avec son propre champ de compétence, ses mécanismes et ses institutions. Bien que les mesures PMP puissent toucher au commerce, celles-ci poursuivent avant tout des objectifs environnementaux qui ne font pas partie du mandat de l'OMC. Ainsi, on en déduit que l'encadrement des PMP est considéré

³⁴⁴ *Ibid* (OCDE)

³⁴⁵ *Ibid*

³⁴⁶ CCE, rapport de Singapour, *supra* note 319 à la p.9

comme un domaine exclusif à la gouvernance environnementale, devant toutefois être développé sans venir bouleverser les règles de droit commercial.

Bref, ce premier cadre d'analyse entrevoit l'utilisation des mesures PMP de façon à ce qu'elles soient employées uniquement au niveau national, conseille leur emploi restreint et exceptionnel dans les AEM et encourage les solutions palliatives au niveau international. Étant conscients de la nécessité de renforcer l'action internationale et la coopération environnementale³⁴⁷, les États en faveur de cette perspective ne conçoivent toutefois pas les mesures PMP comme étant un moyen efficace d'arriver à le faire, particulièrement en raison des bouleversements qu'elles peuvent créer au niveau du commerce mondial.

Bien que la voie nationale constitue un premier pas vers l'encadrement général des PMP et qu'elle représente un moyen préliminaire appréciable, nous croyons qu'elle se doit d'être combinée à un encadrement au niveau international et pas seulement à l'instar des AEM, mais aussi au sein de l'OMC. Deux principales faiblesses dans le système de gouvernance environnementale actuelle nous amènent à développer cet argument et nous poussent à rejeter cette première perspective qui correspond en quelque sorte à garder le système de gouvernance actuel tel quel.

3.1.2 LES FAIBLESSES DE LA GOUVERNANCE ENVIRONNEMENTALE

Envisager l'application des mesures PMP exclusivement par la voie nationale engendre un contexte d'application non uniforme qui constitue selon nous la première lacune importante du système de gouvernance environnemental. En effet, en ce qui a trait à l'application des mesures PMP, les gouvernements élaborent différentes réglementations, plus ou moins contraignantes et comme nous allons le démontrer, cela peut provoquer des conséquences contrastantes au niveau des échanges commerciaux internationaux.

³⁴⁷ Cette conscience générale est démontrée entre autre dans les préambules de la *Déclaration de Rio* et de *Johannesburg*.

D'un côté, un certain nombre d'États³⁴⁸ élaborent et appliquent des politiques environnementales très rigoureuses qui permettent occasionnellement l'utilisation de mesures PMP lors des échanges commerciaux, comme par exemple la section 609 de la loi états-unienne dans l'affaire *Etats-Unis-Crevettes*. Ces lois nationales peuvent aussi quelquefois incitées l'adoption générale et internationale de mesures environnementales plus restrictives et font de ces États des pays leaders dans ce domaine³⁴⁹. Ces États imposent une réglementation plus stricte à leurs entreprises et s'orientent vers une internalisation des coûts environnementaux au niveau national. Cette initiative implique des coûts de production supplémentaires et l'absorption de ces coûts environnementaux est généralement contrebalancée par l'augmentation des prix de leurs produits³⁵⁰. Comme cette pratique n'est actuellement pas développée de façon standard ni uniforme, les États qui optent pour une internalisation des coûts environnementaux à l'échelle interne peuvent parfois être désavantagés lors des échanges commerciaux internationaux.

De l'autre côté, certains «États décident de réduire la sévérité des normes environnementales qui imposent des charges à leur entreprise, telles que les normes exigeant» l'élaboration de PMP, comme «l'installation de filtres ou d'autres techniques coûteuses de contrôle de la pollution»³⁵¹. Ces États³⁵² peu restrictifs offrent ainsi un allègement normatif qui permet aux entreprises d'épargner puisqu'elles n'ont pas à déboursier des coûts de production affiliés aux normes fondées sur des PMP. Ces entreprises ont alors moins de contraintes financières et techniques à respecter comparativement aux entreprises qui sont assujetties à un encadrement plus strict. Ces

³⁴⁸ Ces États sont majoritairement composés par les États du Nord, aux prises avec les effets de la pollution et détenant plus de moyens financiers et techniques, ils appliquent et développent des normes plus rigoureuses.

³⁴⁹ Snape et Lefkowitz, *supra* note 37 à la p. 784. Ils font référence entre autre à la loi *MMPA* et de son effectivité quant à la quantité de dauphins sauvés.

³⁵⁰ Damian et Graz, *supra* note 56 à la p. 663.

³⁵¹ Géraudin, *supra* note 201 à la p. 199.

³⁵² En contrepartie et de façon générale, on associe à ces États une majorité de pays du Sud.

dernières peuvent ainsi être tentées de migrer du côté des États moins restrictifs afin de jouir elles aussi de ces avantages.

En effet, certaines sociétés étrangères y voient un motif bénéfique et choisissent de délocaliser leurs installations et leurs activités économiques vers ces "havres de pollution"³⁵³. N'ayant pas à assumer les coûts environnementaux, ces entreprises migratrices bénéficient d'un avantage comparatif, car elles peuvent fixer des prix inférieurs sur leurs produits, ce qui fournit les conditions propices au phénomène "d'éco-dumping". Le "dumping" est formellement condamnable par l'OMC et correspond à «l'introduction des produits d'un pays sur le marché d'un autre pays à un prix inférieur à leur valeur normale»³⁵⁴.

Du point de vue écologique, le phénomène "d'éco-dumping", décrit «la rivalité entre États en matière de réglementation de la pollution globale en vue d'attirer des investissements internationaux et/ou d'améliorer la compétitivité des industries domestiques»³⁵⁵. Cela signifie donc que le problème de pollution globale est perçu comme un enjeu commercial, car il peut être utilisé afin d'influencer la compétitivité de l'État sur le plan économique. Ce phénomène risque d'entraîner un effet de nivellement des normes environnementales à la baisse, car les États aux réglementations plus sévères voudront les adoucir pour éviter que leur marché soit désavantagé au détriment de celui des États aux normes plus souples.

Bref, l'existence de cette dynamique à deux vitesses concernant l'application et l'élaboration des normes nationales PMP est susceptible d'influencer les échanges internationaux car elle provoque des effets directs sur la détermination du prix d'un produit. Dans ce contexte, il devient complexe de situer correctement la valeur réelle

³⁵³ Damian et Graz, *supra* note 56 à la p.660.

³⁵⁴ *GATT*, *supra* note 20 à l'article VI : droits antidumping et droits compensateurs.

³⁵⁵ Arsène Rieber et Thi Anh-Dao Tran, «Dumping environnemental et délocalisation des activités industrielles : le Sud face à la mondialisation» (2008/2) N°22 Revue d'économie du développement/De Boeck Université 5, à la p.7

d'un produit en fonction de ses coûts environnementaux et il est d'autant plus difficile de prévenir et d'éviter les pratiques "d'éco-dumping"³⁵⁶. Or, cette tendance bidimensionnelle, étrangement représentative des positions Nord-Sud, constitue un facteur de stagnation du processus de normativité des mesures environnementales commerciales sur le plan international³⁵⁷. Afin d'éviter que ce régime à deux vitesses ne prenne de l'ampleur et qu'il continue à agir à la baisse sur l'efficacité des normes environnementales, l'harmonisation internationale des mesures PMP devient incontournable, car on constate qu'un encadrement exclusivement national est insuffisant. Puisque le problème de pollution globale apparaît aussi comme un enjeu commercial important des relations internationales, l'harmonisation des normes PMP serait possiblement favorisée par leur encadrement à l'OMC, et/ou minimalement par leur clarification.

Le deuxième point problématique du système de gouvernance environnementale actuel est associé à sa gestion institutionnelle et concerne plus spécifiquement la source principale du droit international de l'environnement, soit l'AEM. À cet effet, le rapport du PNUE sur la gouvernance internationale en matière environnementale³⁵⁸ analyse les rouages du droit international de l'environnement et souligne plusieurs problèmes associés aux AEM. Selon nous, plusieurs de ces problèmes et/ou faiblesses affectent l'effectivité du droit international de l'environnement et ne favorisent pas le renforcement des normes environnementales internationales, telles que les normes PMP.

³⁵⁶ On retrouve deux thèses contradictoires concernant les effets et les raisons du phénomène d'éco-dumping. Il n'est pas utile pour l'objectif de notre mémoire de les étudier en profondeur, mais pour une analyse plus exhaustive, voir à ce sujet les travaux de : Brian R. Copeland et M. Scott Taylor, «Trade, Growth and the environment» (2003) NBER Working paper séries 9823. Voir aussi les travaux de Rieber et Tran *Ibid*.

³⁵⁷ *Ibid*, c'est entre autre la thèse que sous-tend Rieber et Tran dans leur ouvrage.

³⁵⁸ Rapport du Directeur exécutif sur la gouvernance, *supra* note 162

Parmi ces faiblesses, le PNUE soulève d'abord une «déficiência dans les mécanismes internationaux de règlements des différends»³⁵⁹, surtout lorsqu'il s'agit de faire face aux situations de conflits entre la réglementation environnementale et le droit commercial. En effet, aucune institution judiciaire n'a de compétence spécifique officielle en matière d'environnement et les mécanismes de sanctions et de contrôle actuellement élaborés par les AEM sont plutôt souples (recommandations, rapports). Un aspect problématique supplémentaire consiste au manque flagrant de moyens financiers et techniques dans le domaine de la coopération internationale en environnement³⁶⁰. Les différentes institutions environnementales se font parfois concurrence pour l'obtention de ces maigres ressources³⁶¹, qui sont insuffisantes à assurer le développement de mécanismes de contrôle et de suivi des accords. Ces mécanismes assurent le suivi et la coordination des politiques environnementales à l'échelle internationale et sont souvent essentiels à l'efficacité d'un AEM.

L'étalement des AEM et le manque de cohérence dans leur coordination est aussi un aspect défaillant du système de gestion environnementale. La mise en place d'une multitude d'AEM a par ailleurs abouti à une structure de droit très diversifiée et a créé plusieurs institutions morcelées. Cela est attribuable au fait que les accords sont

³⁵⁹ *Ibid* à la p.20

³⁶⁰ Il y a plusieurs sources de financement pour l'environnement, tel : l'aide publique au développement qui est composée de flux multilatéraux divers : provenant des mécanismes multilatéraux de financement (comité d'aide publique au développement) ; provenant des mécanismes des AEM (le Fonds mondial pour l'environnement (FEM) est le mécanisme officiel de plusieurs AEM) ainsi que les flux associés aux organisations multilatérales (FMI-Banques régionales-BM...). On compte aussi d'autres sources de financement telles que : celles provenant du secteur non gouvernemental, du secteur privé, de l'allègement de la dette, des sources non traditionnelles et des apports intérieurs. Les contributions sont souvent faites à titre volontaires (ex : FEM) et sont largement en deçà de ce qu'elles devraient représenter. Sur les 176 Membres du FEM, seuls 73 pays avaient contribué au Fonds en 1998 et en 2000, ils étaient seulement 56. Aussi, des 21 États Membres du comité d'aide publique au développement, seuls les Pays-Bas et les pays nordiques avaient atteint l'objectif fixé (0.7% du PNB), la moyenne pondérée des apports financiers des États se situait autour de 0.24% en 1998 et une tendance à la baisse est notée. Sources : rapport du PNUE *supra* note 162 p.21-28, voir aussi : FEM, «Efficace, attentif aux besoins, spécialisé» novembre 2003, en ligne : www.gef.web.org.

³⁶¹ *Ibid* à la p.20

souvent gérés indépendamment les uns des autres et certains d'entre eux sont peu enclins à coopérer avec d'autres³⁶².

Au regard de ces problèmes et/ou faiblesses associés au système de gestion environnementale et au fonctionnement des AEM, on se questionne sur l'efficacité de la perspective d'encadrer les mesures commerciales environnementales (PMP incluses) principalement via les politiques nationales et partiellement par les AEM. D'autant plus que cette perspective ne vient pas atténuer le potentiel de conflit qui existe entre les mesures PMP des AEM et les dispositions commerciales de l'OMC. Par ailleurs, le PNUE sous-entend qu'une nouvelle approche dans la gestion environnementale est nécessaire et que celle-ci doit comprendre l'établissement de règles environnementales plus efficaces au sein de l'OMC.

Dans bien des cas, les structures qui régissent la production, le commerce et les investissements n'accordent pas une attention suffisante à la protection de l'environnement et de la vie humaine. Les structures actuelles de gouvernance économique devraient établir des règles qui contribuent activement à améliorer les garanties environnementales et sociales existantes et rendent les gouvernements nationaux mieux à même de répondre comme il convient aux nouvelles préoccupations environnementales³⁶³. (Nous soulignons)

À notre avis, l'intégration d'une norme permettant l'usage des PMP à l'OMC représente certainement un moyen efficace de contribuer à l'amélioration de la protection environnementale et de la relation entre l'OMC et les AEM³⁶⁴. Or, la question qui nous intéresse maintenant est de savoir quelle est la meilleure façon de le faire? C'est d'ailleurs ce auquel nous allons tenter de répondre dans la section suivante.

³⁶² *Ibid*, à la p.19

³⁶³ *Ibid*, à la p.19

³⁶⁴ Schoenbaum, *supra* note 139 à la p.284

3.1.3 UNE NORME PMP A L'OMC ?

La deuxième approche entrevoit «l'ouverture d'une fenêtre environnementale à l'OMC»³⁶⁵ avec l'élaboration d'une norme permettant l'usage de mesures PMP. À cet effet, différentes manières de rendre l'usage des PMP conforme aux dispositions commerciales sont proposées et mettent à profit la contribution intellectuelle de différents acteurs³⁶⁶. C'est par ailleurs ce que nous analysons dans la seconde partie. Mais avant d'étudier les différentes voies d'intégration possibles, nous allons préalablement expliquer la dimension conceptuelle de cette théorie.

Steve Charnovitz prétend que l'inaction de l'OMC vis-à-vis la protection de l'environnement véhicule le message que le commerce et l'environnement sont irréconciliables. Cette absence d'action renforce aussi le mythe que les mesures PMP sont illégales dans le cadre de l'OMC, ce qui ne favorise pas leur utilisation et leur développement³⁶⁷. En fait, comme il a été exposé aux chapitres un et deux, l'application des mesures PMP doit respecter les contraintes du droit commercial, ce qui attise davantage le conflit entre le commerce et l'environnement³⁶⁸. Charnovitz affirme par ailleurs que ce conflit est le signal que la coopération environnementale est inadéquate³⁶⁹. En contrepartie, on suppose que l'efficacité de la coopération environnementale dépendrait entre autres de la réconciliation entre les deux domaines de droit international. On émet donc l'hypothèse que cette réconciliation est possible seulement si la question de l'utilisation des mesures PMP à l'OMC est clarifiée, car cette dernière constitue une des sources principales de tension.

³⁶⁵ Rapport de Singapour CCE, *supra* note 319 à la p.5

³⁶⁶ Nous faisons référence ici aux travaux du CCE et notamment au rapport de Singapour (*Ibid*) qui expose les différentes positions des États qui forment les deux perspectives. Nous nous basons aussi sur les propositions faites par le PNUE dans son rapport sur l'état de la gouvernance environnementale, *supra* note 162. Finalement, plusieurs juristes analysent la problématique et proposent des pistes de solutions (à cet effet, les textes doctrinaux principaux sont cités plus bas, (*infra* note 372).

³⁶⁷ Charnovitz, *supra* note 104 à la p.104.

³⁶⁸ Sanford. E. Gaines, «Processes and Production Methods: How to Produce Sound Policy for Environmental PPM-Bases Trade Measures?» (2002) 27 Colum. J. Envtl. L. 383., à la p. 388.

³⁶⁹ Chamovitz, *supra* note 104 à la p.108.

Effectivement, l'amélioration et la clarification d'une loi encadrant les PMP au sein de l'OMC permettraient d'offrir une vision commune des PMP et marqueraient sans doute un premier pas vers l'harmonisation du commerce et de l'environnement³⁷⁰. D'une part, un cadre commun inciterait et favoriserait sans doute le développement et la mise en œuvre de mesures PMP au niveau national : facteur préalable à l'évolution et l'efficacité de la protection environnementale internationale. D'autre part, cela permettrait aussi de promouvoir une meilleure transparence au sujet des PMP, de réduire les tensions entre les deux domaines de droit et d'augmenter la congruence entre les dispositions commerciales et la protection de l'environnement³⁷¹.

Cependant, pour que l'élaboration d'une norme encadrant l'usage des PMP à l'OMC soit possible, une réforme du droit de l'OMC est nécessaire et à cet effet, plusieurs juristes analysent et proposent diverses pistes d'action permettant potentiellement de le réformer³⁷². Évidemment, ces propositions sont actuellement hypothétiques et constituent par le fait même des études spéculatives. Elles demeurent cependant pertinentes dans le but de compléter notre analyse sur la problématique des PMP. La section suivante expose donc quelques-unes des pistes d'actions proposées concernant le traitement des PMP à l'OMC.

3.2 COMMENT INTÉGRER UNE NORME PMP À L'OMC ?

Les différentes pistes de solutions proposées sont diversifiées et plus ou moins nuancées. Nous avons ciblé trois propositions principales qui offrent, selon nous, un portrait général des possibilités d'encadrement juridique des PMP à l'OMC. Notons toutefois que toutes les pistes de solution visent à améliorer la compatibilité entre les dispositions de l'OMC et les mesures commerciales environnementales émanant

³⁷⁰ *Ibid* à la p.104.

³⁷¹ Gaines, *supra* note 368 à la p. 388.

³⁷² La réforme du *GATT* dans le but d'y inclure une clause environnementale favorable à l'application des PMP est une thèse développée par plusieurs auteurs : Gaines *supra* note 368, Charnovitz *supra* note 104, Potts (IISD) *supra* note 29, Snape et Lefkovitz *supra* note 37, Knox *supra* note 192 et Grandbois *supra* note 305, Murase *supra* note 316 et Géraudin *supra* note 201.

obligatoirement d'AEM. Elles envisagent de surcroît les deux branches de droit international comme étant complémentaires et ne visent que les mesures PMP établies par les AEM.

En premier lieu, certaines délégations proposent de passer par l'article IX du *GATT* afin d'assouplir l'application des mesures PMP établies en vertu d'AEM³⁷³.

Article IX *Marques d'origine*

1. En ce qui concerne la réglementation relative au marquage, chaque partie contractante accordera aux produits du territoire des autres parties contractantes un traitement qui ne devra pas être moins favorable que le traitement accordé aux produits similaires de tout pays tiers.
2. Les parties contractantes reconnaissent que, dans l'établissement et l'application des lois et règlement relatifs aux marques d'origine, il conviendrait de réduire au minimum les difficultés et les inconvénients que de telles mesures pourraient entraîner pour le commerce et la production des pays exportateurs, en tenant dûment compte de la nécessité de protéger les consommateurs contre les indications frauduleuses ou de nature à induire en erreur.
3. Chaque fois que cela sera possible du point de vue administratif, les parties contractantes devraient permettre l'apposition, au moment de l'importation, des marques d'origine.
4. En ce qui concerne le marquage des produits importés, les lois et règlements des parties contractantes seront tels qu'il sera possible de s'y conformer sans occasionner de dommage grave aux produits, ni réduire substantiellement leur valeur, ni accroître indûment leur prix de revient.
5. En règle générale, aucune partie contractante ne devrait imposer d'amende ou de droit spécial lorsqu'il y aura eu défaut d'observation des règlements relatifs au marquage avant l'Importation, à moins que la rectification du marquage ne soit indûment différée ou que des marques de nature à induire en erreur n'aient été apposées ou que le marquage n'ait été intentionnellement omis.

³⁷³ Rapport de Singapour, *supra* note 319 à la p.4

6. Les parties contractantes collaboreront en vue d'éviter que les marques commerciales ne soient utilisées de manière à induire en erreur quant à la véritable origine du produit, et cela au détriment des appellations d'origine régionales ou géographiques des produits du territoire d'une partie contractante qui sont protégées par sa législation. Chaque partie contractante accordera une entière et bienveillante attention aux demandes ou représentations que pourra lui adresser une autre partie contractante au sujet de l'application de l'engagement énoncé dans la phrase précédente aux appellations que cette autre partie contractante lui aura communiquées.

Il s'agirait ici d'élaborer une disposition supplémentaire à l'article IX qui permettrait aux Membres de déroger, en cas de circonstances exceptionnelles, à une obligation du *GATT*. Les circonstances exceptionnelles mentionnées dans cette disposition dérogatoire s'appliqueraient en l'occurrence aux mesures commerciales appliquées en vertu d'AEM³⁷⁴. Ainsi, toutes mesures commerciales découlant d'AEM, qu'elles soient fondées sur des PMP ou non, pourraient bénéficier d'une dérogation à condition qu'elles répondent à certains critères établis au préalable dans l'éventuelle disposition. Parmi ces critères, il est proposé que la dérogation soit limitée dans le temps et périodiquement reconduite, qu'elle découle du vote des trois quarts des Membres de l'OMC et que les mesures commerciales appliquées en conséquence puissent toujours être contestées dans le cadre de l'ORD³⁷⁵.

En deuxième lieu, il est proposé de modifier le champ d'application de *l'Accord OTC* afin «qu'il soit interprété de manière à englober l'utilisation de normes fondées sur des PMP ne se rapportant pas à des produits»³⁷⁶. Cela nécessite un amendement au point deux de l'annexe I, qui offre une définition du terme "norme", utilisé aux fins de *l'Accord OTC*. Actuellement et de façon générale, la définition du terme est interprétée comme se rattachant uniquement aux normes fondées sur les PMP *liés aux*

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ *Ibid*

³⁷⁶ *Ibid*, à la p.19

*produits*³⁷⁷. Une telle modification du terme de l'Accord et par le fait même de son champ d'application, autoriserait dorénavant «l'élaboration et l'application de règlements techniques, de normes et de procédures d'évaluation»³⁷⁸ fondées sur les PMP, qu'ils soient *liés ou non liés aux produits*.

Parmi ces règlements, certaines délégations font référence à l'élaboration et la mise en application de programmes d'éco-étiquetage basés sur l'ACV des produits³⁷⁹. Une réglementation qui permettrait, au moment des échanges, d'identifier et de traiter différemment les produits issus de PMP (*liés ou non liés*) environnementaux. Pour autant néanmoins que l'application de «ces normes et règlements techniques ne crée pas d'obstacles non nécessaires au commerce international»³⁸⁰.

En troisième lieu, la proposition la plus fréquemment développée consiste à intégrer directement les mesures PMP à l'article XX du *GATT*. Nous retrouvons toutefois trois moyens différents d'y arriver : la première vise la création d'un mémorandum d'accord ; la deuxième prévoit simplement une clarification de l'article XX ; et la troisième version envisage son élargissement.

La première façon d'intégrer les mesures PMP au *GATT* consiste à élaborer, au titre de l'article XX, un Mémorandum d'accord applicable aux accords de l'annexe I de *l'Accord instituant l'OMC*, soit aux treize accords multilatéraux sur le commerce des marchandises³⁸¹. Ce Mémorandum d'accord serait «relatif au traitement différencié des mesures commerciales appliquées en vertu d'AEM, selon que ces mesures sont appliquées entre parties ou également à des non-parties et selon qu'elles sont ou non expressément requises par l'AEM»³⁸². Cette proposition stipule que dans

³⁷⁷ *Ibid*, à la p.18.

³⁷⁸ *AOTC*, *supra* note 250 buts énoncés dans le préambule et dans plusieurs autres articles.

³⁷⁹ CCE, rapport de Singapour, *supra* note 319 à la p.16

³⁸⁰ *AOTC*, *supra* note 202, préambule et article 2.2.

³⁸¹ CCE, rapport de Singapour, *supra* note 319 à la p.6, consulter aussi l'annexe I du *GATT*, *supra* note 20, pour se référer aux treize accords ciblés par ce Mémorandum potentiel.

³⁸² *Ibid* (Singapour)

le cas où des mesures commerciales sont appliquées entre les parties d'un AEM et en vertu de celui-ci, ces mesures auraient préséance sur les dispositions de l'OMC advenant qu'un conflit de norme éclate, et si un tel conflit s'avérait réel, les parties ne pourraient avoir recours à l'ORD.

Autrement dit, les mesures dites "non consensuelles"³⁸³, soit celles qui sont mises en œuvre entre les parties et non formellement requises par un AEM ou encore celles qui sont conformément prescrites par un AEM et appliquées à des non-parties, pourraient être saisies à l'ORD conformément au mécanisme prévu dans le Mémorandum en question. En fin de compte, ce Mémorandum d'accord ne couvrirait pas les mesures unilatérales, ni les mesures commerciales qui ne sont pas élaborées dans le cadre d'un AEM et qui sont à la fois appliquées entre des non-parties.

La deuxième façon d'intégrer les PMP à l'article XX part de l'hypothèse que ses alinéas (b) et (g) sont déjà adéquats pour encadrer les mesures PMP³⁸⁴. Cependant, un amendement de ces alinéas est nécessaire dans le but d'y intégrer le terme environnement, qui justifierait l'usage des mesures commerciales environnementales appliquées en vertu d'AEM au regard des règles de l'OMC³⁸⁵.

La troisième solution envisage l'élargissement de l'article XX afin d'encadrer les mesures commerciales environnementales, auxquelles sont compris les mesures PMP. Il s'agirait alors d'ajouter un article XX (k), qui validerait les mesures commerciales environnementales élaborées en fonction d'AEM³⁸⁶.

³⁸³ *Ibid*

³⁸⁴ Thèse développée par Potts (IISD) *supra* note 29 ainsi que par Charnovitz *supra* note 104 où ils défendent l'argument que les mesures PMP ne sont pas illégales à l'OMC et qu'elles entrent dans le cadre de l'article XX (b) et/ou (g).

³⁸⁵ Murase, *supra* note 316 à la p.25.

³⁸⁶ Murase, *supra* note 316, à la p.25, Knox *supra* 192, à la p. 15, Grandbois *supra* note 305 à la p.560, Schoenbaum *supra* note 139, à la p.284.

Ces trois solutions proposées sous l'article XX font en sorte que l'application des mesures PMP dans les échanges pourrait bénéficier d'une exception générale aux dispositions du *GATT*. Ces mesures devraient toutefois être issues d'AEM et respecter les critères du *chapeau*³⁸⁷ afin de s'assurer que celles-ci ne soient utilisées à des fins discriminatoires. Or, les mesures PMP seraient étudiées au cas par cas afin de déterminer qu'elles ne constituent pas «soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable [...], soit une restriction déguisée au commerce»³⁸⁸.

Ces trois propositions d'intégrer les PMP à l'OMC offrent des manières différentes de permettre l'usage des mesures commerciales environnementales prescrites par les AEM (PMP ou non). Bien que ces trois démarches rendent l'usage de PMP possible en regard des règles de l'OMC, elles ne permettent pas toutes de clarifier le concept comme tel, faisant ainsi en sorte que le terme PMP demeurerait quand même flou. Ce phénomène contribue à nourrir l'idée que seuls les PMP de type *lié au produit* sont envisageables à l'OMC. C'est pourquoi, il nous apparaît indispensable de laisser tomber la distinction des PMP en deux catégories³⁸⁹ et par le fait même d'adjoindre à l'une ou l'autre de ces approches, une nouvelle interprétation de "produit similaire"³⁹⁰.

À cet effet, Snape et Lefkovitz suggèrent de traiter et de redéfinir le terme de "produit similaire" au moyen d'un accord bilatéral ou multilatéral³⁹¹. Un amendement à l'article III du *GATT* est aussi une possibilité. Comme nous l'avons vu, l'interprétation du critère de similitude du produit faite par le panel du *GATT* dans l'affaire *Etats-Unis-Thon* a engendré des répercussions considérables sur la nature des PMP. Considérant ainsi le pouvoir qu'une telle décision peut avoir, il serait peut-être

³⁸⁷ *Ibid*, Schoenbaum

³⁸⁸ *GATT*, *supra* note 20 chapeau de l'article XX (p61 du mémoire).

³⁸⁹ Poits affirme par ailleurs qu'il y a plusieurs raisons politiques et économiques qui poussent à laisser tomber la distinction, *supra* note 29, à la p.3.

³⁹⁰ *Ibid*, à la p.3.

³⁹¹ Snape et Lefkovitz, *supra* note 37 à la p. 795

préférable qu'une nouvelle interprétation de "produit similaire" provienne d'une décision subséquente de l'ORD. On pourrait aussi envisager une adjonction en annexe du *GATT*, ayant pour but de clarifier et définir la notion de "produit similaire" de façon à ce que la confusion sur les PMP disparaisse. Enfin, s'agissant de la proposition correspondant à l'ajout de l'alinéa (k), y intégrer les deux types de PMP suffirait peut-être à lever l'ambiguïté découlant de l'interprétation ultérieure du terme "produit similaire".

En fait, l'élaboration d'une de ces méthodes aurait probablement des impacts positifs sur l'effectivité de la protection environnementale, car elle contribuerait à réduire les risques de conflit entre les règles commerciales et environnementales et améliorerait ainsi leur relation. La formation d'une norme permettant l'usage des mesures PMP à l'OMC est caractéristique de la dimension matérielle du processus de normativité et constitue sans doute la première étape. Toutefois, cela ne saurait être suffisant à pallier aux problèmes institutionnels de la gouvernance environnementale.

Nous faisons entre autres référence à la question du règlement des différends en matière d'environnement et de la multitude d'instances judiciaires ; au nombre mirobolant d'AEM et leur morcellement ; au manque de coordination entre ces derniers et les différentes institutions environnementales ; à la multiplication d'acteurs ; à la faiblesse des mécanismes de suivi et de contrôle ; à l'application hétérogène des politiques environnementales nationales ; au manque de ressources financières et techniques, etc.³⁹². En outre, différents travaux démontrent que le processus de formation d'une norme environnementale à l'OMC doit aussi soutenir une démarche institutionnelle afin de venir renforcer et appuyer la dimension matérielle³⁹³.

³⁹² Voir à ce sujet le rapport du PNUE sur l'état de la gouvernance, *supra* note 162.

³⁹³ Se référer aux travaux mentionnés à la note 333 et 372 ainsi qu'au rapport du PNUE sur l'état de la gouvernance *supra* note 162.

À cet effet, le PNUE propose une démarche en six étapes ayant pour but d'améliorer les problèmes de gouvernance environnementale et de compatibilité entre les normes issues d'AEM et les règles de l'OMC. Ces six étapes traitent aussi bien la dimension matérielle que la dimension institutionnelle entourant le processus juridique de la formation d'une norme environnementale à l'OMC³⁹⁴ et tiennent compte des difficultés associées au contexte de fragmentation du droit international. L'encadré suivant expose la démarche du PNUE, qui constitue selon nous un bon moyen d'intégrer les mesures PMP au niveau international tout en tenant compte des différents enjeux globaux sous-jacents.

Encadré 3.1 : Solutions pour une meilleure gouvernance environnementale

a) Révision des exceptions environnementales aux règles de l'OMC en vue de préciser que les mesures commerciales prises en application d'accords multilatéraux sur l'environnement ne peuvent pas être contestées à l'organisme commercial ;

b) Établissement d'un système de plaintes définissant les rôles des secrétariats des accords sur l'environnement dans l'examen de ces plaintes, les pouvoirs des Conférences des Parties pour ce qui est de statuer à leur sujet et l'éventail de mesures qui pourraient être prises (allant de mesures d'assistance à des sanctions économiques) ;

c) Établissement d'un mécanisme de règlement des différends (conciliation, négociations, etc.). Parmi les questions à analyser figurent celles de savoir s'il serait centralisé ou propre à chaque accord, ferait appel à un nouveau tribunal ou la Cour internationale de Justice, etc. ;

d) Création d'une fonction de médiateur pour l'environnement ou d'un centre de règlement amiable des différends, éventuellement sous les auspices du PNUE ;

e) Application de règles communes en matière de responsabilité en tant qu'instrument destiné à inciter les Parties à respecter leurs obligations. Le non-respect entraînerait la mise en cause de leur responsabilité, au-delà de la traditionnelle réprobation politique internationale ;

f) Institution de sanctions et de pénalités pour le volet non-juridictionnel.

³⁹⁴ PNUE, *supra* note 162 les points de l'encadré sont tirés de la p.35.

Cette démarche vise non seulement, comme le propose le point (a), l'intégration des considérations environnementales (PMP inclus) à l'article XX du *GATT*. Mais elle vise aussi à clarifier et renforcer le processus institutionnel nécessaire à l'application des normes environnementales internationales, puisqu'elle traite de la dimension de la responsabilité environnementale (e), des mécanismes de sanctions (f), de la clarification du mécanisme institutionnel affiliés aux AEM (b) ainsi que du problème des instances de règlement des différends (c-d). Dans la même foulée que le point (c), certains auteurs suggèrent par ailleurs la création d'une Organisation mondiale de l'environnement (OME)³⁹⁵. Cette dernière agirait à titre d'organe central en environnement et offrirait une voie de résolution des conflits externe aux AEM et à l'OMC. «It is more than desirable that a World Environment Organization be established as a counterpart of WTO with a view to attaining an equal footing between the two regimes»³⁹⁶. De cette façon, on évite que l'OMC ne devienne un législateur environnemental et on crée une organisation faisant contrepoids à l'institution commerciale³⁹⁷, venant ainsi offrir un équilibre entre les deux domaines du droit international.

Finalement, on constate que plusieurs pistes de solution sont envisagées afin d'apaiser le conflit entre le commerce et l'environnement et ainsi améliorer le système de gouvernance environnemental. L'apport intellectuel des différents acteurs témoigne d'un certain développement de la réflexion à ce sujet, notons à cet effet l'association du PNUE et de l'OMC³⁹⁸. Mais aucun accord international ne se dégage à propos d'une éventuelle modification des accords du *GATT* dans le but de parvenir à davantage de compromis par rapport à l'utilisation des mesures environnementales

³⁹⁵ Voir à ce sujet Murase, *supra* note 316 à la p.25, Gérardin *supra* note 201, à la p.208 et aussi: Gregory Shaffer, «The World Trade Organization under Challenge: Democracy and the Law and Politics of the WTO's treatment of Trade and Environment Matters» (2001) 25 Harv. Envtl. L. Rev. 1

³⁹⁶ *Ibid.*, (Murase)

³⁹⁷ *Ibid.*, (Gérardin) à la p.208.

³⁹⁸ Faisans ici référence au rapport 2009 du PNUE et de l'OMC au sujet du commerce et des changements climatiques, *supra* note 5.

commerciales³⁹⁹, qu'elles s'appliquent ou non aux PMP. Il apparaît donc que l'adoption d'une méthode d'intégration des mesures PMP à l'OMC ne fasse pas encore l'unanimité, faisant ainsi stagner l'enjeu des PMP.

En attendant que la communauté internationale parvienne à une option unanime permettant de concilier les deux domaines, une suggestion alternative exigeant un minimum de modifications est proposée par Gabrielle Marceau et repris par Charnovitz et consiste à établir un organe environnemental indépendant au sein de l'OMC. Cet organe serait composé d'experts des industries et d'ONG et aurait comme mandat exclusif de chercher une solution au conflit existant entre les normes PMP prescrites par les AEM et les dispositions de l'OMC⁴⁰⁰.

³⁹⁹ Nordström et Vaughan, *supra* note 4 à la p. 84, tel que démontré aussi par le rapport du PNUE *supra* note 162 et par le rapport de Singapour, *supra* note 319.

⁴⁰⁰ Charnovitz, *supra* note 104 à la p.110, voir aussi Gabrielle Marceau, «A call for coherence in international law : praises for the prohibition against "clinical isolation" in WTO dispute settlement» (1999) 33 J. World Trade 87. à la p.148-149.

CONCLUSION

En somme, la communauté internationale a deux visions différentes concernant l'intégration d'une norme permettant l'application de mesures PMP en droit international. D'une part, on perçoit le développement de la norme PMP en dehors du cadre commercial international et principalement comme un outil national de protection environnementale. Mais lorsqu'on prend connaissance de la diversité de niveau de réglementation environnementale des États, de la faiblesse des AEM et des différents problèmes de la gouvernance environnementale, il apparaît que ce premier point de vue soit insuffisant à l'amélioration du système de protection environnementale. D'autre part, permettre l'application de mesures PMP à l'OMC, et tel que l'envisage la deuxième approche, engendrerait sans doute des bénéfices plus substantiels au niveau de la protection de l'environnement. D'abord, parce qu'une norme permettant d'utiliser les mesures PMP à l'OMC rendrait automatiquement obsolète le mythe de l'illégalité des mesures PMP à l'OMC et abolirait ainsi le principal sujet de tensions entre les deux domaines. Ensuite, parce que cela permettrait l'utilisation des PMP lors des échanges commerciaux et offrirait ainsi un moyen supplémentaire de protection de l'environnement, sachant par ailleurs que les PMP sont reconnus en droit international de l'environnement comme étant un outil de protection efficace.

CONCLUSION

Rappelons nos motivations initiales, soient celles de chercher un moyen de favoriser la protection de l'environnement à l'échelle mondiale. Postulant au départ que le conflit entre le commerce et l'environnement nuit au renforcement de la protection environnementale, l'objectif de ce travail vise donc à trouver une solution d'apaisement au conflit.

Étant donné que les PMP s'appliquent aux différentes étapes du cycle de production et sachant que c'est spécialement au moment de la production que se fait la majorité des émissions polluantes, le développement de PMP écologiques constitue ainsi un moyen d'action considérable en faveur de l'environnement. D'autant plus que les activités économiques associées à la production se multiplient sans cesse et accélèrent le processus de dégradation de la planète. Par conséquent, nous croyons qu'il faut permettre l'utilisation des mesures PMP au niveau des activités économiques internationales. Nous avons vu toutefois que nombreux sont les obstacles qui s'opposent à l'élaboration d'une norme permettant l'utilisation des PMP dans les échanges internationaux.

D'abord, la logique néolibérale, soutenue principalement par l'OMC, comporte plusieurs éléments de contradiction pouvant limiter le développement et le durcissement des normes environnementales. Ensuite, le contexte asymétrique existant entre le Nord et le Sud divise la communauté internationale au sujet des mesures PMP et complexifie considérablement le processus de négociations préalable à leur normativité. Troisièmement, la nature fragmentaire du système de droit international actuel soulève plusieurs éléments de difficultés considérables, avec lesquels doit composer le processus entourant l'inclusion d'une norme permettant d'appliquer des mesures PMP internationalement.

On constate alors que ces trois principales sources de controverses se rattachent à des paramètres ontologiques du système des relations internationales. Le débat entourant les PMP est donc en quelque sorte, un symptôme de l'incapacité du système actuel à concilier les impératifs économiques et environnementaux. N'était-ce pas là le signe que le paradigme néolibéral actuel a atteint sa maturité et que nous devons le revisiter? Tel qu'Hegel le mentionnait deux siècles auparavant dans son cours du 18 septembre 1806 faisant probablement référence à la transition d'un système de gouvernements autoritaires à un système de démocraties libérales :

Nous sommes aux portes d'une époque importante, un temps de fermentation, quand l'esprit avance d'un bond, transcende sa forme précédente et en prend une nouvelle. L'ensemble des représentations, des concepts et des liens antérieurs qui relient notre monde se dissolvent et s'effondrent, comme un tableau rêvé. Une nouvelle phase spirituelle se prépare. La philosophie spécialement doit accueillir son apparition et la reconnaître, alors que les autres, qui s'y opposent de manière impuissante, s'accrochent au passé⁴⁰¹.

Si nous transposons cette réflexion au contexte mondial actuel, il s'agit peut-être de faire transiter le système néolibéral d'économie de marché vers un système d'économie sociale qui envisagerait les considérations environnementales et humaines au même titre que les considérations économiques ! Il apparaît toutefois que nous ne soyons pas encore arrivés à ce stade puisque plusieurs acteurs semblent effectivement vouloir s'accrocher aux théories libérales.

L'attitude hostile de l'OMC à l'égard des considérations environnementales générales et plus particulièrement encore en ce qui a trait aux mesures PMP démontre une volonté de garder le principe de libre-échange dominant. En effet, les décisions rendues par le Groupe spécial de l'affaire *Etats-Unis-Thon* et l'Organe d'appel de

⁴⁰¹ Goerg Wilhelm Friedrich Hegel, *dokumente zu Hegels Entwicklung*, Stuttgart, J. Hoffmeister, 1936 à la p. 352 aussi cité par Fukuyama, *supra* note 61 à la p. 64.

l'affaire *Etats-Unis-Crevettes* démontrent une tendance à vouloir garder le système commercial tel quel. En divisant les PMP en deux catégories et en complexifiant considérablement leur statut à titre d'exception sous l'article XX du *GATT*, l'Organe de règlement des différends de l'OMC exclut pratiquement toutes possibilités de les utiliser lors des échanges et fait planer le mythe de leur illégalité en fonction du *GATT*.

Ces deux litiges exposent aussi le fait que des mesures PMP puissent entrer en conflit avec les règles commerciales et ce, même si elles sont issues d'AEM. En interprétant les mesures PMP tel qu'ils l'ont fait, l'Organe de règlement des différends de l'OMC s'octroie d'une certaine façon le pouvoir de décider si des mesures environnementales sont conformes au cadre commercial et s'improvisent ainsi en tant qu'organe judiciaire suprême. Cela sous-entend que les règles de l'OMC sont supérieures aux règles environnementales et contribue à entretenir la conception dominante du modèle de développement qui envisage les impératifs économiques comme étant prioritaires aux impératifs environnementaux.

Le débat entourant les mesures PMP expose ainsi officiellement les possibilités de conflit entre les AEM et l'OMC. Nous avons vu par ailleurs qu'il existe un flou juridique en droit international à ce sujet puisqu'aucune méthode de résolution de conflit n'est encore clairement définie dans pareille circonstance. Ce phénomène soulève d'une part une incompatibilité entre les obligations découlant des deux régimes de droit international et expose, d'autre part, la présence d'une lacune institutionnelle au niveau des mécanismes internationaux de règlement des différends. Devant cette situation problématique, trouver un moyen d'appliquer les mesures PMP au niveau international devient d'autant plus pertinent car cela permettrait de réduire les possibilités de conflit. Cette tâche demeure toutefois éminemment complexe car elle doit tenir compte de la dimension matérielle autant qu'institutionnelle.

Bien que nous pensions effectivement qu'il soit temps d'adopter des moyens, comme l'application de mesures PMP, permettant de tendre vers une économie davantage sociale, l'attitude de l'OMC et la division de la communauté internationale concernant le rôle des mesures PMP démontrent qu'on est loin d'un tel revirement. Or, suivant le principe qui veut que ce soit le plus petit dénominateur commun qui l'emporte, dans le cas des mesures PMP, il s'agirait alors de trouver le moyen de les inclure au niveau international, de façon à respecter les différentes contraintes imposées par le système actuel, en tenant donc compte des réalités et préoccupations du Sud, des règles commerciales et en s'insérant dans un contexte de droit international fragmentaire.

Certes, nous avons vu que certains défendent le *statu quo* et favorisent les moyens palliatifs à l'utilisation des mesures PMP au niveau international. Cette perspective s'inscrit en fonction des contraintes du système mais elle ne fait en aucun cas disparaître la controverse au sujet des PMP et laisse au contraire le conflit en suspension. L'intégration d'une norme environnementale permettant l'utilisation de PMP à l'OMC représente selon nous un moyen efficace d'apaiser le conflit puisque cela clarifierait le statut juridique des PMP à l'OMC et ferait du même coup disparaître la principale source de tension, soit le mythe de l'illégalité des PMP à l'OMC. À cet effet, nous pensons que réformer le *GATT* en incluant les mesures PMP dans un alinéa (k) de l'article XX du *GATT* constitue une méthode pertinente car tout en favorisant la protection de l'environnement, elle tient à la fois compte des limites du système.

Premièrement, l'ajout d'un paragraphe à l'article XX rendrait les mesures PMP issues d'AEM légitimes en regard du droit commercial et permettrait ainsi leur application lors des échanges commerciaux. De ce fait, les mesures PMP prescrites par les AEM seraient moins susceptibles d'entrer en conflit avec les règles de l'OMC,

ce qui rétablirait un certain équilibre entre les considérations environnementales et les considérations économiques.

Deuxièmement, en encadrant les mesures PMP à titre exceptionnel sous l'article XX, elles se doivent alors de respecter les critères du *chapeau*. Rappelons que ce dernier est élaboré dans le but d'offrir une protection contre une éventuelle application discriminatoire et/ou protectionniste des mesures PMP, ce qui représente par ailleurs la principale crainte des pays du Sud. Cette méthode tiendrait alors compte du point de vue des pays du Sud. De plus, en exigeant que les mesures PMP soient aussi appliquées en vertu d'AEM, on s'assure que les États qui les appliquent respectent leurs engagements de transfert technologique et de responsabilités communes mais différenciées.

Or, nous pensons cependant que cette démarche doit inclure la clarification de la notion de "produit similaire" afin d'une part, de fournir une couverture plus large des mesures PMP et d'autre part, d'enlever toute ambiguïté et diminuer les risques de conflit d'interprétation. Soit en incluant les deux termes affiliés aux PMP (*liés* et *non liés au produit*) dans l'alinéa (k) afin d'enlever toute différenciation, ou encore en clarifiant la définition de "produit similaire" à l'annexe du *GATT* de manière à y inclure tout type de PMP.

De plus, la création d'une organisation sur l'environnement (OME) comprenant un organe judiciaire comparable à l'ORD est essentielle, d'abord pour consolider la gestion de tous les AEM et ensuite pour offrir un mécanisme de règlement des différends. Cependant, le contexte de fragmentation du droit international fait qu'il existe déjà une multitude d'organisations et de tribunaux sur la scène internationale et dans ces cas-là, il n'est peut-être pas souhaitable d'en créer une supplémentaire. Dans ce contexte, l'élargissement du mandat et de la structure du PNUE pourrait sans doute être une option alternative.

Bien que cette proposition en trois volets représenterait à notre avis un niveau d'action internationale minimal en regard de ce qui serait nécessaire. Il n'en demeure pas moins ambitieux comparativement au niveau d'action internationale actuelle sur le plan de la protection de l'environnement. Notons cependant que tout plan d'action international est envisageable seulement si la plupart des États l'élaborent et y consentent.

En effet, le façonnement du droit international de l'environnement reste subordonné au bon vouloir des États à léguer une partie de leur souveraineté en faveur de mécanismes internationaux pour la protection de l'environnement. En «réalité, ce droit reste bien le produit de la volonté politique et le reflet des besoins de la société»⁴⁰². Telle que la dynamique Nord-Sud le démontre, les besoins d'une société varient considérablement et de ce fait, la volonté de se lier aux engagements environnementaux aussi. Le défi consiste donc à établir un consensus international autour d'objectifs environnementaux ambitieux afin d'élaborer une protection efficace et universelle.

Serons-nous à la hauteur de relever ce défi ... ?

Pour l'avenir des générations futures.

⁴⁰² Prieur, *supra*, note 111 à la p.12.

APPENDICE A

Convention de Vienne sur le droit des Traités

Section 3 sur l'interprétation des traités

Article 31

Règle d'interprétation générale

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :
 - a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;
 - b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :
 - a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;
 - b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;
 - c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties

Article 32

Moyens complémentaires d'interprétation

Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

- a) Laisse le sens ambigu ou obscur; ou
- b) Conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnables

APPENDICE B

La Convention de Washington sur le commerce internationale des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES).

Espèces couverts par la CITES (article II)

1. L'Annexe I comprend :

Toutes les espèces menacées d'extinction qui sont ou pourraient être affectées par le commerce. Le commerce des spécimens de ces espèces doit être soumis à une réglementation particulièrement stricte afin de ne pas mettre davantage leur survie en danger, et ne doit être autorisé que dans des conditions exceptionnelles.

2. L'Annexe II comprend :

a) Toutes les espèces qui, bien que n'étant pas nécessairement menacées actuellement d'extinction, pourraient le devenir si le commerce des spécimens de ces espèces n'était pas soumis à une réglementation stricte ayant pour but d'éviter une exploitation incompatible avec leur survie.

b) Certaines espèces qui doivent faire l'objet d'une réglementation, afin de rendre efficace le contrôle du commerce des spécimens d'espèces inscrites à l'Annexe II en application de l'alinéa a).

3. L'Annexe III comprend :

Toutes les espèces qu'une Partie déclare soumises, dans les limites de sa compétence, à une réglementation ayant pour but d'empêcher ou de restreindre leur exploitation, et nécessitant la coopération des autres Parties pour le contrôle du commerce.

4. Les Parties ne permettent le commerce des spécimens des espèces inscrites aux Annexes I, II et III qu'en conformité avec les dispositions de la présente Convention.

APPENDICE C

Annexe D* : Liste de produits** contenant des substances Réglementées figurant à l'annexe A.

	Produits	No. du code douanier
1)	Les appareils de climatisation des voitures et camions (que l'équipement soit ou non incorporé au véhicule)	
2)	appareils de réfrigération et climatiseurs/pompes à chaleur à usage domestique et commercial***,	
	Par ex : Réfrigérateurs Congélateurs Déshumidificateurs Refroidisseurs d'eau Machines à fabriquer de la glace Dispositifs de climatisation et pompes à chaleur	
3)	Aérosols autres que ceux qui sont utilisés à des fins médicales	
4)	Extincteurs portatifs	
5)	Panneaux d'isolation et revêtements de canalisations	
6)	Pré-polymères.	
*	Cette annexe a été adoptée, conformément au paragraphe 3 de l'article 4 du Protocole, par la troisième Réunion des Parties tenue à Nairobi le 21 juin 1991.	
**	Saut lorsque ces produits sont transportés en tant qu'effets personnels ou dans toute situation analogue non commerciale où ils sont normalement exemptés des formalités douanières.	
***	Lorsque ces appareils contiennent des substances réglementées visées à l'annexe A comme réfrigérant et/ou isolant du produit.	

BIBLIOGRAPHIE

Instruments juridiques

Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, 15 avril 1994, en ligne : OMC.Doc. http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/15-sps.doc

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce en ligne : OMC.Doc. http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.pdf

Accord sur les obstacles techniques au commerce, 1979, en ligne : OMC.Doc. http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/17-tbt.doc

Accord sur les subventions et les mesures compensatoires 1979 en ligne : OMC.Doc. http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/24-scm.pdf

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, 30 octobre 1947, 55 R.T.N.U. 187, (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1948) [*GATT de 1947*].

Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, fait le 15 avril 1994, en ligne : OMC.Doc http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/04-wto.doc

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, R.T.Can. 1945 n°7.

Convention-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 9 mai 1992, 1771 R.T.N.U. 107, (entrée en vigueur : 21 mars 1994)

Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, 22 mars 1989, R.T.N.U. I-28911 (entrée en vigueur : 5 mai 1992).

Convention de Bonn sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage, 23 juin 1979, R.T.N.U. I-28395, (entrée en vigueur : 11 janvier 1983).

Convention de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale, 2 février 1971, R.T.N.U. I-14583, (entrée en vigueur : 21 décembre 1975) [amendée le 13 juillet 1994 à Paris]

Convention de Rotterdam sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international, 10 septembre 1998, 2244 R.T.N.U. 337 (entrée en vigueur : 24 février 2004)

Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, 22 mai 2001, R.T.N.U. N°40214 (entrée en vigueur le 17 mai 2004).

Convention de Vienne sur le droit des Traités, 22 mai 1969, 1155 R.T.N.U 354. R.T. Can. N°37 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

Convention de Washington sur le commerce international des espèces sauvages de faune et de flore menacées d'extinction ou CITES, 3 mars 1973, R.T.N.U. I-14537, (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 1975)

Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Doc.Off.CNUE, Stockholm (1972).

Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement , Doc.off.AGNU 151/26 (Vol.I), Doc.Off.CNUED, (1992).

Sommet mondial pour le développement durable, *Déclaration de Johannesburg sur le développement durable*, Doc. Off. AGNU 2002 Doc.NU A/CONF.199/L.6/Rev.2.

Endangered Species Act, Pub.L. No 93-205, 16 U.S.C. (1973).

Marine mammal protection Act, Pub L. No 92-522, 16 U.S.C. (1972) (codifié tel que modifié) Pub.L, No 98-364, 98 Stat. 440, 16 U.S.C. §1371(a) (2) (1988).

Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques, 29 janvier 2000, 2226 R.T.N.U. 208 (entrée en vigueur : 11 septembre 2003).

Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone, 16 septembre 1987, 1522 R.T.N.U. 3, (entré en vigueur : 1^{er} janvier 1989).

Protocole de Kyoto à la Convention-Cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 11 décembre 1997, 2302 R.T.N.U. 148, (entré en vigueur : 16 février 2005)

Sea Turtles Conservation Amendments to the Endangered Species Act, Pub. L. 101-162, sec. 609, 103 Stat.988 (1989) (codifié tel que modifié au 16 U.S.C. § 1537 (1994)).

Documents internationaux

Action 21, Doc.off. CNUED, 1992, A/CONF.151/26/Rev.1, aussi en ligne : <http://www.un.org/french/ga/special/sids/agenda21/>

Commission du droit international, *Rapport du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Doc.off.AG NU, 55^e sess. Doc.NU A/CN.4/L.644 (2003).

Commission de droit international. *Rapport du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Doc.Off. AG NU, 56^e sess., Doc.NU A/CN.4/L.663/Rev.1 (2004).

Commission du droit international. *Rapport de la commission du droit international de la 55^e session*, Doc. Off. AG NU, 58^e sess. Supp. N°10 Doc.NU A/58/10 (2003).

Commission du droit international. *Conclusions des travaux du Groupe d'étude de La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Doc.Off. AG NU, 58^e sess. Doc.NU A/61/10 (2006).

Commission Mondiale sur l'environnement et le Développement. *Notre avenir à tous*, publications du Québec, éditions du fleuve, 1987.

FEM. «Efficace, attentif aux besoins, spécialisé» novembre 2003, en ligne : www.gef.web.org

IDDRI. *La mise en œuvre du droit international de l'environnement*, de Sandrine Maljean-Dubois, Paris 2003 en ligne : <http://www.iddri.org>

IISD. Recherche financé par le ministère danois des affaires étrangères, de Najam Adil, Runnalls David et Halle Mark, *Environment and Globalization five propositions*, Manitoba 2007.

IISD. *The Legality of PPMs under the GATT: Challenges and Opportunities for Sustainable Trade Policy*, de Jason Potts, Manitoba 2007, en ligne: http://www.iisd.org/pdf/2007/ppms_gatt.pdf

OCDE. Groupe de travail conjoint sur les échanges et l'environnement, *Les effets des programmes d'éco-étiquetage : synthèse des études récentes*, n° de doc. COM/ENV/TD(2004)34/FINAL(2005)

OCDE. Groupe de travail conjoint sur les échanges et l'environnement, *Utilisation de mesures commerciales dans le contexte des accords multilatéraux sur l'environnement : rapport de synthèse sur trois études de cas*, n° de doc. COM/ENV/TD(98)127/FINAL non classifié, (1999).

OCDE. *Les perspectives de l'environnement de l'OCDE* (2001).

OCDE. *L'environnement et les accords commerciaux régionaux*, ISBN 978-92-64-02015-3 Paris, 2007

OCDE. *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales* ISBN 978-92-64-05598-8 N°89094 (2008).

OCDE. Programme de travail sur le commerce et l'environnement, *Procédés et méthodes de production (PMP): cadre conceptuel et étude de l'utilisation des mesures commerciales fondées sur les PMP*, n° de doc. OCDE/GD(97)137, Paris 1997.

OMC. *Décision sur le Commerce et Environnement*, OMC Déc.15 avril 1994, en ligne : OMC http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/56-dtENV.doc

OMC. *Rapport sur le commerce mondial : Analyse des liens entre le commerce, les normes commerciales et l'OMC*, OMC Doc. 2005, en ligne : http://www.wto.org/french/res_f/booksp_f/anrep_f/world_trade_report05_f.pdf

OMC, CCE. *Rapport de la présidente de la session extraordinaire du comité du commerce et de l'environnement au comité des négociations commerciales*, OMC Doc. TN/TE/8 (20 avril 2004)

OMC, CCE. *Rapport du président de la session extraordinaire du comité du commerce et de l'environnement au comité des négociations commerciales : État d'avancement des négociations sur le commerce et l'environnement*, OMC Doc. TN/TE/9 (28 juin 2004).

OMC. CCE. *Rapport du Comité du commerce et de l'environnement*, OMC Doc. WT/CTE/1, Rapport de Singapour (12 novembre 1996).

OMC et PNUE. *Rapport : Commerce et changement climatique*, OMC Doc. ISBN 978-92-870-3523-3, PNUE Doc.Off.NU DT1/1188/GE (2009).

OMC. *Règles de l'OMC et politiques environnementales : les principales disciplines du GATT*, en ligne : OMC
http://www.wto.org/french/tratop_f/envir_f/envt_rules_gatt_f.htm

OMC. *Les principes qui inspirent le système commercial*, en ligne : OMC
http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact2_f.htm.

ONU. *Le comité chargé des organisations non gouvernementales recommande l'octroi d'un statut consultatif auprès de l'ECOSOC à treize ONG*, Doc.Off. CES NU, 15^e et 16^e séance, Doc.NU ECOCOC/6198 ONG/593 (2006).

PNUD. *Origines de l'approche du développement humain*, en ligne : PNUD
<http://www.hdr.undp.org/fr/devhumain/origines/>

PNUE. *Rapport annuel 2006* Doc.Off NU en ligne : <http://www.unep.org>

PNUE. *Rapport annuel (2007)*, Doc.Off NU en ligne : <http://www.unep.org>

PNUE. *GEO4 · L'environnement pour le développement*, Doc.off.NU, ISBN 978-92-807-2837-8 (2007)

PNUE. *Rapport du directeur exécutif sur la réunion du groupe intergouvernemental, Gouvernance internationale en matière d'environnement*, Doc.off.N.U, UNEP/IGM/1/2 (2001).

PNUE. Division Technologie, Industrie et Économie, *Mettre à profit la production plus propre : Vers une gestion efficace des ressources*, Doc.off.N.U, ISBN 92-807-2199-2 (2002).

PNUE. Secrétariat de l'ozone, *Manuel du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, Doc.off.NU, ISBN 978-92-807-2770-8 (2006) en ligne : <http://www.unep.org/ozone>

Jurisprudence

Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. rec. I

Affaire du Lac Lanoux (France c. Espagne), (1957), rec. des sentences arbitral vol. XII à la p. 281 à 317.

Affaire du Déroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie) [1949] C.I.J. rec. 244.

Affaire relatif au projet Gabčíkovo Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie), Arrêt du 25 septembre 1997 C.I.J. rec. 7.

Canada – Mesures affectant l'exportation de harengs et de saumons non préparés (1988)

Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant (Plaintes du Canada) (2001), OMC Doc. DS135 (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC
http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds135_f.htm

Communautés européennes- Mesures communautaires concernant les viandes et produits carnés (Hormones) (Plaintes des États-Unis et du Canada) (1998), OMC Doc. WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds26_f.htm

États-Unis - Normes concernant l'essence, nouvelles et anciennes formules (Plaintes du Brésil et Venezuela) 1996, OMC Doc. WT/DS2/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/ds2_f.htm

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (I) (Plainte de l'Inde, la Malaisie, le Pakistan et Thaïlande) (1998), OMC Doc. WT/DS58/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (II) (Plainte de la Malaisie) (2001), OMC Doc. WT/DS58/AB/RW (Rapport de l'Organe d'appel).

États-Unis - Restrictions à l'importation de thon (I) (Plainte du Mexique) (1991), GATT Doc. DS21/R.

Etats-Unis - Restrictions à l'importation de thon (II) (Plainte de l'Union européenne) (1994), GATT Doc. DS29/R, non adopté.

Procureur c. Dusko Tadic, (1999), Affaire n° IT-94-I-A (Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel).

Japon – Mesures visant les produits agricoles (Plainte des Etats-Unis) (1998-99), OMC Doc. WT/DS79/R (rapport du Groupe spécial, 27 octobre 1998), WT/DS76/AB/R (confirmé par l'organe d'appel, 22 février 1999).

Japon-Mesures visant l'importation de pommes (plainte des Etats-Unis) (2003), OMC Doc. WT/DS245/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

Japon-Taxes sur les boissons alcooliques- (Plainte des Communautés européennes, du Canada et des Etats-Unis) (1996), OMC Doc. WT/DS8-10-11/AB/R (Rapports de l'organe d'appel).

Doctrine

Monographie

Aktouf, Omar. *Méthodologie des sciences sociales et approches qualitatives des organisations : une introduction à la démarche classique et une critique*, Sillery, Presses de l'Université du Québec, 1987, p.47-67.

Arbour, Jean-Maurice. *Droit international public*, 4^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002.

Arbour, Jean-Maurice & Lavallée, Sophie. *Droit international de l'environnement*, Cowansville(Qc), Yvon Blais, 2006.

Brunelle, Dorval. *Dérive globale*, Montréal, Boréal, 2003.

Carreau Dominique. *Droit international*, 5^e éd., Paris, Éditions A. Pedone, 1997.

D'Agostino, Serge. *La Mondialisation*, Paris, Bréal, 2002.

D'Agostino, Serge. *Libre-échange et protectionnisme*, Paris, Bréal, 2003.

Fukuyama Francis. *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992.

- Gélinas B. Jacques. *Et si le Tiers Monde s'autofinçait : De l'endettement à l'épargne*, Montréal, Écosociété, 1994.
- Hegel, Goerg Wilhelm Friedrich. *dokumente zu Hegels Entwicklung*, Stuttgart, J. Hoffmeister, 1936.
- Kant Emmanuel. *Projet de paix perpétuelle*, Paris, collection Mille et Une Nuits, 2001.
- Koskenniemi, Martti. *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989.
- Latouche Serge. *Le pari de la décroissance*, Paris, Fayard, 2006.
- Luff, David. *Le droit de l'organisation mondiale du commerce : analyse critique*, Bruxelles, Bruylant, 2004.
- Rist Gilbert. *Le développement : Histoire d'une croyance occidentale*, Paris, Presses de Science Po, 2001.
- Scelle, Goerges. *Droit international public : Manuel Élémentaire*, Paris, Domat-Montchrestien, 1948.
- Scelle, Goerges. *Précis de droit des gens*, Paris, Éditions du Centre national de la recherche scientifique, 1984.
- Shiva Vandana. *La vie n'est pas une marchandise : les dérivés des droits de propriété intellectuelle*, Paris, Écosociété, 2004.
- Stiglitz, Joseph E. *La grande désillusion*, Paris, Fayard, 2002.
- Vernières, Michel. *Économie des Tiers-Monde*, Économica, 1991.

Chapitre de livre et ouvrage collectif

- Carreau, Dominique et Juillard Patrick. «Le mécanisme de règlement des différends» dans *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 1998, p.63-81.
- Cellard, André. «L'analyse documentaire» dans Groupe de recherche interdisciplinaire sur les méthodes qualitatives, *La recherche qualitative : Enjeux épistémologique et méthodologies*, Montréal, Gaëtan Morin éditeur, 1997, p.251-270.

CERIC, Maljean-Dubois (dir.). *Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce et protection de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

Daillier Patrick. «Monisme et Dualisme : un débat dépassé» dans Ben Achour et Slim Laghamani dir., *Droit international et droits internes, développements plus récents*, Paris A.Pedone 9.

Damian Michel et Graz Jean-Christophe. *Commerce international et développement soutenable*, Paris, Economica, 2001.

DiMento F. C. Joseph. *The Global Environment and International Law*, Austin, University of Texas, 2003.

Élie Bernard. «L'ordre libérale : la mondialisation» dans *Éléments d'économie contemporaine*, École de la gestion UQÀM (2003).

Geradin, Damien. «Libéralisation, dérégulation et politique environnementale: chocs des valeurs ou complémentarité?» dans M.Pâques et Michaël Faure (dir.) *La protection de l'environnement au coeur du système juridique international et du droit interne: acteurs, valeurs et efficacité* (Bruxelles: Bruylant, 2003), pp.195-209.

Hunter David, Salzman James et Zaelke Durwood. *International Environmental Law and Policy*, 2nd éd. New York, Foundation press, 2002.

International Institute for Sustainable Development. *Guide de l'environnement et du commerce : A Handbook*, 2nd ed. (Winnipeg: UNEP & IISD, 2005), www.iisd.org.

Kiss, Alexandre. Ivo Rens (dir.) *Le droit international face à l'éthique et à la politique de l'environnement*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000.

Kiss, Alexandre et Jean-Pierre Beurier. *Droit international de l'environnement*, 3^{ième} ed. Paris, Pedone, 2004.

Lauterpacht, Hersch. *Règles générales du droit de la paix*, Recueil des cours, tome 62, 1937.

Lavieille, Jean-Marc. *Droit international de l'environnement*, Paris, Ellipses, 1998.

Lowe, Vaughan. «The Politics of Law-Making: Are the Method and Character of Norm Creation Changing?» dans Michael Byers, dir., *The Role of Law in*

international Politics : Essay in International Relations and International Law, Oxford, Oxford University Press, 2000, 207.

Macleod Alex, Dufault Evelyne et Dufour Guillaume F. *Relations internationales Théories et concepts*, Outremont (Qc), Athéna éditions, 2002.

Maljean, Dubois, Sandrine. «Institutions et organes de contrôle» dans C. Impéraili (dir.), *L'effectivité du droit international de l'environnement : contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales* (Paris :Économica, 1998), p.25-56.

Nordström Håkan et Vaughan Scott. *Commerce et environnement*, OMC dossiers spéciaux 4, Suisse, 1999.

Pallemaerts, Marc. «Le droit comme instrument des politiques internationales de l'environnement: effectivité et symbolisme des normes» dans Michel Pâques et Michaël Faure, *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne* (Bruxelles :Bruylant, 2003), pp.57-67.

Pearce David W., Markandya, Anil et Barbier, Edward. *Sustainable development economics and environment in the Third World*, Angleterre E. Edgar, Aldershot, 1990.

Quivy Raymond & Van Campenhoudt Luc. *Manuel de recherché en sciences sociales*, 2^{ième} éd., Paris, Dunod, 1995.

Tunkin, G.I. *Droit International Public : Problèmes théoriques*, Paris, Éditions A.Pédone, 1965.

Wallerstein, Immanuel. «La mondialisation n'est pas nouvelle», postface dans *Le capitalisme historique*, Paris, La Découverte, 2002.

Articles de périodique

Appleton E. Arthur. « Shrimp/Turtle: Untangling the nets» (1999) 2 J. Int'l. Econ. L. 477.

Atik, Jeffery. «Democratizing the WTO» (2000-2001) 33 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 451.

Bartenhagen P. Erik. «The intersection of trade and the environment: an examination of the impact of the TBT Agreement on ecolabeling programs» (1997-1998) 17 Va. Env'tl. L. J. 51.

- Blank P. Daniel. «Target-Bases Environmental Trade Measures: A Proposal for the New WTO Committee on Trade and Environment» (1996) 15 Stan. Env'tl. L. J. 61.
- Blomquist, Robert.F. «Against sustainable development grand theory: a plea for pragmatism in resolving disputes involving international trade and the environment» (2004-2005) 29 Vt. L. Rev. 733
- Chang, F Howard. «Toward a Greener GATT: Environmental Trade Measures and the Shrimp-Turtle case» (2000-2001) 74 S. Cal. L. Rev. 31.
- Chang, F Howard. «An Economic analysis of Trade Measures to Protect the Global Environment» (1994-1995) 83 Geo. L. J. 2131.
- Chang, F Howard. «Toward a greener GATT: Environmental trade measures and the shrimp-turtle case» (2000-2001) 74 S. Cal. L. Rev. 31.
- Charnovitz, Steve. «Green Roots, Bad Pruning: GATT Rules and their applications to environmental trade measures» (1993-1994) 7 Tul. Env'tl. L. J. 299.
- Charnovitz, Steve. « Free Trade, Fair Trade, Green Trade: Defogging the Debate» (1994) 27 Cornell Int'l L. J. 459.
- Charnovitz, Steve. «The Law of Environmental “PPMs” in the WTO: Debunking the Myth of Illegality (2002) 27 Yale J. Int'l. L. 59.
- Charnovitz, Steve. «The environment vs trade rules: defogging the debate» (1993) 23 Env't'l. L. 475.
- Charnovitz, Steve. «The World Trade Organization and Law Enforcement» (2003) 37(5) J. World Trade 817.
- Charnovitz, Steve. «Rethinking the WTO trade sanctions» (2001) 95, Am. J. Int'l. L. 792.
- Cheyne, Llona. «Environmental Unilateralism and the WTO/GATT System» (1994-1995) 24 Ga. J. Int'l L. & Comp. 433.
- Comtois Dinel, Eve-Lyne. «La fragmentation du droit international : vers un changement de paradigme ?» (2006) 2 Lex electronica 1.

- Copeland Brian R. et Taylor Scott M. «Trade, Growth and the environment» (2003) NBER Working paper series 9823.
- Damian Michel et Jean-Christophe Graz. «L'Organisation mondiale du commerce, l'environnement et la contestation écologique» (2001) 170 *Revue internationale des sciences sociales*, 657.
- Dailey, Virginia. «Sustainable development: Reevaluating the trade vs. turtles conflict at the WTO» (1990-1991), 9 *J. Transnat'l. L. & Pol'y*, 331.
- Driesen M. David. «What is Free Trade?: The Real Issue Lurking Behind the Trade and Environment Debate» (2000-2001) 41 *Va. J. Int'l L.* 279.
- Dunoff L. Jeffrey. «Resolving Trade-Environment Conflicts: The Case for Trading Institutions» (1994) 27 *Cornell Int'l L. J.* 607.
- Elliot B. Staffin. «Trade barrier or trade boon? A critical evaluation of environmental Labeling and It's Role in the "Greening" of world trade», (1996) 21 *Colum. J. Envtl. L.* 205.
- Epiney, Astrid et Martin, Sheyli. «Le concept de développement durable en droit international public» (1997) *Revue Suisse de droit international et européen* 247-266.
- European University Institute Department of Law (EUI working paper), *La fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a*, par Pierre-Marie Dupuy, rapport n°2006/14 (2006) disponible en ligne : <http://hdl.handle.net/1814/4370>
- Gaines, E. Sanford. «Processes and Production Methods: How to Produce Sound Policy for Environmental PPM-Bases Trade Measures?» (2002) 27 *Colum. J. Envtl. L.* 383.
- Goldman, Patti A. «Resolving the Trade and Environment Debate: In Search of a Neutral Forum and Neutral Principles» (1992) 49 *Wash & Lee L. Rev.* 1279.
- Grandbois, Maryse. «Le droit de l'environnement et le commerce international: quelques enjeux déterminants» (1999) 40:3 *Les Cahiers de Droit* 545.
- Hage, Robert. «International Trade and Environmental Policy» (1992) 86 *Am. Soc'y Int'l. L. Proc.* 224.
- Howse Robert et Regan, Donald. «The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy», (2000) 11:2 *E.J.I.L.* 249.

- Jackson H. John, «Comments on Shrimp/Turtle and the Product/Process Distinction» (2000) 11:2 E.I.J.L. 303.
- Knox, John H. «The judicial resolution of conflicts between trade and the environment» (2004) 28 Harv. Envtl. L. Rev. 1-78.
- Koskenniemi Martti et Päivi Leino. «Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties» (2002) 15 Leiden J. Int'l L.
- Latouche, Serge. «Vers la décroissance: écofascisme ou écodémocratie», *Le Monde Diplomatique*, Novembre 2005, pages 1, 26.
- Lind N. Samuel. «Eco-labels and international trade law: avoiding trade violations while regulating the environment», (1996) 8 Int'l Legal Persp. 113.
- Marceau, Gabrielle. «Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions *the relationship between the WTO Agreement and the MEAs and other Treaties*» (2001) 35(6) J. World Trade. 1081.
- Marceau, Gabrielle. «A call for coherence in international law : praises for the prohibition against "clinical isolation" in WTO dispute settlement» (1999) 33(5) J. World Trade 87.
- Marceau, Gabrielle et Trachtman, P. Joel. «The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade *A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods*» (2002) 36(5) J. World Trade. 811.
- Marvroidis C. Petros. «Trade and Environment after the Shrimps-Turtles Litigation» (2000) 34(1) J. World Trade 73.
- Michelson, Karin. «South, North, International Environmental Law, and International Environmental Lawyers» (2000) 11 Yearbook of International Environmental Law 52-81.
- Murase, Shynia. «Trade and the Environment: With Particular Reference to Climate Change Issues» (2005) 2 Manchester J. Int'l Econ. L. 18
- Oraison, André. «La Cour Internationale de Justice, l'article 38 de son Statut et les Principes Généraux» (2002) 2 R.R.J. 987.

- Pallemat, Marc. «La Conférence de Rio: Grandeur ou décadence du droit international de l'environnement ?», (1995) 28 Rev.B.D.I. 175-223.
- Parker W. Richard. «The Use and Abuse of Trade Leverage to Protect the Global Commons: What We Can Learn from the Tuna/Dolphin Conflict» (1999-2000) 12 Géo. Int'l Env'tl. L. Rev. 1
- Rieber, Arsène et Tran Thi, Anh-Dao. «Dumping environnemental et délocalisation des activités industrielles : le Sud face à la mondialisation» (2008/2) N°22 Revue d'économie du développement/De Boeck Université 5-35.
- Rochette, Annie. «Stop the Rape of the World: An Ecofeminist Critique of Sustainable Development» (2002) 51 U.N.B. L.J. 145.
- Roht Arriaza, Naomi. «Precaution, Participation, and the "Greening" of International Trade Law» (1992) 7 J. Env'tl. L & Litig. 57.
- Salah, Mohamed. «La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux : réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation» (2001) 3 Revue internationale de droit économique 251.
- Shaffer, Gregory. «The World Trade Organization under Challenge : Democracy and the Law and Politics of the WTO's treatment of Trade and Environment Matters» (2001) 25 Harv. Env'tl. L. Rev. 1.
- Schoenbaum J. Thomas. «International Trade and the Protection of the Environment: the Continuing Search for Reconciliation» (1997) 91 Am. J. Intl. L. 268.
- Snape J. William et Lefkowitz B. Naomi. «Searching for GATT's Environmental *Miranda*: Are "Process Standards" Getting "Due Process"» (1994) 27 Cornell Int'l L. J. 777.
- Strom H. Torsten. « Another Kick at the Can: Tuna/Dolphin II» (1995) 33 Can. Y. B. Int'l. L. 149.
- Utting, Peter. «Un intérêt bien compris ?» (2001) 4 courrier de la planète N°64 à la p.2, en ligne : <http://www.courrierdelaplanete.org/64/article2.htmlb>
- Vaughan, Scott. «Trade and Environment: Some North-South Considerations» (1994) 27 Cornell Int'l L. J. 591.

Von Molke, Konrad. «Reassessing 'Like' Product», paper presented at the Chatham House Conference on Trade, Investment and Environment, (1998) IISD 29-30 octobre.

Weber, Martin. «Competing Political Visions : WTO Governance and Green Politics » (2001) 1 :3 Global Environmental Politics, 92.

Williams, Marc. «Trade and Environment in the World Trading System a Decade of Stalemate» (2001) 1 Global Environmental politics 1, p.1-9.

Yuhong, Zhao. «Overcoming "Green Barriers": China's First five Years Into the WTO» (2007) 41(3) J.World.Trade, 535.

Documents gouvernementaux

Ministère de l'environnement et Environnement sans frontière. *Vers l'application renforcée du droit international de l'environnement*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999.

N.-Z., «Framework for Integrating Environment Issues into Free Trade Agreements», October 2001, en ligne: New Zeland Ministry of foreign affairs & trade <http://www.mfat.govt.nz>.

Autres sources

CIEL, Center of international environmental law, <http://www.ciel.org>

CDI, Commission du droit international <http://www.un.org/french/law/ilc.shtml>

FEM, Fonds Mondial pour l'Environnement, www.gef.web.org.

IATTC, Inter-American Tropical Tuna Commission, www.iattc.org

IISD, International institute for sustainable development, <http://www.iisd.org>

OCDE, Organisation de coopération et de développement économique, <http://www.oecd.org>

OMC, Organisation mondiale du commerce, <http://www.wto.org>

ONU, Organisation des Nations-unies, <http://www.un.org>

PNUD, Programme des Nations Unies pour le développement,
<http://www.hdr.undp.org>

PNUE, Programme des Nations-unies pour l'environnement, www.unep.org

UNRISD, Institut de recherche des Nations Unies pour le développement social, en
ligne : <http://www.unrisd.org>

World CIA Factbook: <http://www.cia.gov>